

**LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL EN EL DELITO DE COHECHO POR DAR U
OFRECER**

Ruth Danelly Rodríguez Pisco

Tesis para obtener título de Magister en Derecho Penal

BOGOTÁ

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

2019

AGRADECIMIENTOS

Los agradecimientos de este trabajo están dirigidos a todos aquellos que me apoyaron en el desarrollo de mi carrera y de esta maestría. Por supuesto a mis padres, a mi esposo, pero sobre todo a mi pequeño Emiliano por darle su tiempo a mamá para llevar a cabo esta maestría; a los docentes y demás asesores que hicieron posible el desarrollo de esta temática.

A la Universidad Libre de Colombia, por darme la oportunidad de ser parte de su alumnado, y formarme en la persona íntegra y profesional en el área del derecho penal.

DEDICATORIA

Dedicó especialmente este triunfo a mi familia y a Dios, por brindarme la oportunidad desempeñar la profesión de la abogacía, por enseñarme a pensar y buscar con dicha actividad el bien de nuestra sociedad y país.

TABLA DE CONTENIDO

PREFACIO	6
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO I. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO	13
1.1 El esquema del delito y el juicio de desvalor.	13
1.2 Elementos esenciales de la antijuridicidad.	16
1.3 Tipos de antijuridicidad	19
1.3.1 Antijuridicidad formal y antijuridicidad material: definiciones y teorías. ...	19
1.4 El principio de lesividad como fundamento de la antijuridicidad material	22
CAPITULO II. EL DELITO DE COHECHO EN COLOMBIA	26
2.1 El concepto de corrupción: presupuesto elemental del delito de cohecho. ...	26
2.2 Definición del delito de cohecho.	32
2.3 Características del delito de cohecho.	37
2.4 Clases de cohecho	39
2.4.1 Cohecho propio.	40
2.4.2 Cohecho impropio.	40
2.4.3 El cohecho activo.	43
2.5 El bien jurídico tutelado en el delito de cohecho: la administración pública..	44
2.5.1 Presupuestos constitucionales.	44
2.5.2 La calidad de funcionario y sus responsabilidades en el Estado Social de Derecho.....	51
2.5.3 Las teorías a partir de las cuales se desarrolla la protección de los delitos contra la administración pública.....	57
2.5.4 Teoría del correcto funcionamiento de la administración pública.	59

CAPITULO III. EL COHECHO COMO ACTO DE CORRUPCIÓN Y SU PENALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL A PARTIR DE LA TEORÍA DE <i>ULTIMA RATIO</i>	62
3.1 El derecho penal como <i>ultima ratio</i> y la interpretación que le puede dar el juez penal a partir de su discrecionalidad.....	62
3.2 La discrecionalidad de la interpretación judicial, la argumentación jurídica y el respeto por el principio de legalidad.	67
3.3 La consagración del delito de cohecho en la legislación colombiana y española.....	94
CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFIA	109

PREFACIO

La corrupción en Colombia es uno de los fenómenos que con mayor impacto ha afectado la administración pública. El legislador colombiano ha buscado de diferentes formas proteger la función pública, inclusive adoptando un catálogo de delitos, frente a conductas que le puedan afectar. Uno de ellos es el cohecho por dar u ofrecer, que de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal, comprende la acción de quien ofrece o da dinero a un servidor público, con el propósito de sobornarle¹.

Este delito está destinado a proteger la función pública de quien intenta “sobornar” a una autoridad pública para que ésta retrase alguna de sus funciones, omita hacerlas u obstaculice las mismas. El objeto material de protección de la ley penal, en el caso del cohecho por dar u ofrecer es la imparcialidad e igualdad en el ejercicio de la función pública, y el cumplimiento de los fines de la misma.

Ahora bien, los actos de corrupción pueden ser variados en sus formas de presentación, la igual que su impacto en la función pública. Se pueden presentar formas de cohecho por dar u ofrecer donde la lesión del bien jurídico es de alto impacto, como en los casos de corrupción en los que se ve afectada o desviada la función pública en favor de particulares donde se involucran sumas de dinero considerables; o puede presentarse cuando se le ofrece o da una servidor público sumas irrisorias para que éste prescinda de ejecutar alguna función que está a su cargo, como por ejemplo cuando una persona es detenida y dispuesta para la realización del examen de alcoholemia y el servidor público prescinde del cumplimiento de su deber, a causa de que el interesado da una dinero para evitar la realización de la prueba.

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 599 de 2000”. *Código Penal*. Art. 407: “**Cohecho por dar u ofrecer**. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

En este último caso, podría pensarse que lo irrisorio de la suma o contraprestación que se ofrece o da al servidor público no es un elemento determinante para la configuración del tipo. Asimilándolo a los delitos de bagatela, se pensaría que el hecho de ofrecer a un servidor público una suma ínfima a cambio de que éste omita, retrase o ejecute un acto por fuera de sus funciones no genera un gran impacto en la función pública y sería contraproducente su investigación y sanción en el entendido de que no existiría una lesión real del bien.

En ese contexto es donde se centra la presente propuesta de investigación, que busca determinar la procedencia o no de la evaluación de la lesión real o la puesta en peligro de la función pública en el delito de cohecho por dar u ofrecer (antijuridicidad material), como elemento de la tipicidad objetiva. De acuerdo con lo anterior la pregunta de investigación que se busca responder es la siguiente: ¿Se configura o no la antijuridicidad material en los delitos de cohecho por dar u ofrecer en aquellos eventos en el que el ofrecimiento de dinero hecho al servidor público es insignificante?

Ahora bien, la corrupción es uno de los fenómenos que mayor impacto ha tenido en la función pública². Sus diversas formas de presentación han generado una respuesta del legislador en la protección de la administración pública cuando esta es víctima de actos que le afecten o puedan afectar. Los actos de corrupción son variables en Colombia, pero mantienen una condición particular: afectan la moralidad en la gestión pública.

El legislador en el ámbito penal ha adoptado todo un catálogo de delitos que propenden por la protección de la correcta administración pública, dentro de los que se encuentra el cohecho por dar u ofrecer, cuya finalidad no es otra que sancionar las conductas en las que incurren los particulares y/o servidores públicos que se constituyan como actos de corrupción.

² EDGAR ENRIQUE MARTINEZ CARDENAS y JUAN MANUEL RAMIREZ MORA. *La corrupción en la Administración Pública: un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana*. Revista Reflexión Política. Volumen 12. Número 23., 2010, p. 72.

Ahora bien, el cohecho por dar u ofrecer en casos donde las sumas o contraprestaciones que se dan a los servidores públicos son considerablemente altas, es un fenómeno con una amplia discusión académica, desde todos los ámbitos donde puede presentarse, en especial en los casos de contratación pública. No sucede así en los casos donde se presentan actos de corrupción con ínfimas sumas de dinero que, aunque concuerdan con la descripción típica del delito de cohecho por dar u ofrecer se consideran desestimados por no presentarse una lesión real del bien jurídico de la administración de justicia.

El estudio de este fenómeno que se presenta de forma cotidiana (piénsese en infracciones de tránsito, dadivas en la administración de justicia, etc.), es poco explorado. Ella es una de las primeras razones que justifican la presente investigación. La segunda es la pertinencia de la evaluación de la procedencia o no de la sanción de los delitos de cohecho por dar u ofrecer cuando se trata de conductas donde la suma dada u ofrecida al servidor público es mínima, en el marco de la celeridad de la administración de justicia en la jurisdicción penal.

Es bien sabido, que una de las características que tiene el Derecho Penal, es la de ser *ultima ratio*, con lo que se busca priorizar la acción penal en eventos donde se amerita la investigación, judicialización y sanción del Estado³. Para el caso concreto que se busca abordar, el referente teórico que se busca aportar va encaminado a determinar las razones del porque el Estado debe prescindir de la acción penal en el caso particular de estudio, en atención al desgaste judicial que ello implica y a la escasa afectación del bien jurídico protegido.

Además de lo anterior, la investigación se propone, se considera un punto de partida para exhortar a estudiantes, docentes, instituciones educativas, y porque no a instancias estatales, a evidenciar esta problemática como una realidad que debe ser objeto de atención por el Estado, en materia de limitación de la acción penal en los casos particulares señalados.

³ FERNANDO MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Valencia. Editorial Tirant to Blanch. 2010., p. 54.

Ahora bien, como una posible respuesta a este problema de investigación se formula como hipótesis que el Estado y en especial el ente acusador debe necesariamente prescindir de la evaluación de la antijuridicidad material en el delito de cohecho por dar u ofrecer, cuando la suma de dinero o la contraprestación que se da al servidor público es cuantitativamente irrisoria.

De ello se genera entonces la consecuencia de que el Estado debe abstenerse siquiera de iniciar investigaciones penales cuando se trate de este tipo de delito, principalmente por la inexistencia real de un daño a la función pública. Ahora si bien es cierto subsiste un desconocimiento de los preceptos legales que amerita una sanción desde el ámbito penal, también lo es que el Estado no puede ni debe ejecutar el *ius puniendi* de forma indiscriminada y sin atención a la lesión real del bien jurídico que protege.

Ello en razón a la necesidad de priorización y racionalización de la acción penal. Aun con ello se considera que el no sancionar este tipo de conductas implica un desconocimiento de la vulneración del bien de la moralidad pública y del principio de legalidad. Sin embargo, se considera que ello, debe hacerse desde un ámbito del *ius puniendi* menos invasivo de los derechos fundamentales, en pro de acatar el principio de priorización de la acción penal.

Para lograr este cometido, se proponen como objetivo general determinar si se configura o no la antijuridicidad material en los delitos de cohecho por dar y ofrecer en aquellos eventos en el que el ofrecimiento de dinero hecho al servidor público es insignificante. Asimismo, y para abordar el este objetivo específico, se proponen los siguientes objetivos específicos: (i) Identificar en qué consiste la antijuridicidad material, sus presupuestos y conexidad con la tipicidad objetiva, (ii) Analizar en que consiste el delito de cohecho por dar u ofrecer y cuál es su naturaleza, regulación, elementos, objeto, etc., y (iii) Identificar en qué consiste la antijuridicidad material, sus presupuestos y conexidad con la tipicidad objetiva en el caso del delito de cohecho.

De otro lado, para el desarrollo de esta investigación, se acudió a un enfoque de tipo cualitativo, toda vez que la recolección de la información se realizó mediante datos que no requieren de medición numérica, basada en la consultada de documentos, bibliografía especializada, normatividad, jurisprudencia que se consideró de pertinencia para desarrollar la temática planteada.

En ese orden de ideas, la investigación que se realizó es de carácter básica jurídica, toda vez que su objeto de estudio lo constituye la norma jurídica y sus falencias en cuanto a su aplicabilidad desde el punto de vista teórico. Por ello, se acudió principalmente a fuentes secundarias y terciarias. Con respecto a las secundarias, se acudió a informes realizados por otros autores frente al tema planteado, a un análisis desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial del debido proceso penal y su relación con la cláusula de exclusión de la prueba. Respecto de las fuentes terciarias, se acudió a las fuentes o datos obtenidos por otros autores, que se deriven de las fuentes secundarias, y que se consideraron de pertinencia para la investigación propuesta.

INTRODUCCIÓN

El delito de cohecho en Colombia tiene unas particularidades en lo que respecta a su concreción. El principal afectado con este tipo de conductas es el mismo Estado, pues ha contribuido con la proliferación de conductas contrarias a la ley, como el clientelismo, entre otras, que dentro de sus principales consecuencias se encuentra el detrimento patrimonial. Adicional a ello con el delito de cohecho se desvirtúa la función del Estado, pues ya no se trata de ejercer un control por la Administración, sino de usar el poder otorgado por ésta para obtener un provecho particular.

Esta investigación tiene como fin lograr indagar si existe o no una antijuridicidad material en aquellos delitos en los que existe ofrecimiento de sumas irrisorias, en situaciones que día a día se presenta en la administración pública. Este problema surgió en el diario vivir de las audiencias llevadas a cabo ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, cuando al llevar un caso a estos estrados por el delito en mención, unos operadores judiciales optaban por terminar anticipadamente el proceso o emitir sentencia absolutoria por considerar que no se configuraba la antijuridicidad material en aquellos eventos que el ciudadano del común haya ofrecido sumas insignificantes que no alcancen a poner efectivamente en peligro la administración de justicia, sino que por el contrario le generaría más gastos al Estado, cuando se mueve todo el andamiaje judicial para entrar a resolver dichos comportamientos.

En consecuencia, a falta de uno de los elementos que estructuran del delito, no es posible hablar del mismo. Por el otro lado estas los jueces que consideran que el monto o valor ofrecido al servidor público por el ciudadano para que este omita un acto propio de sus funciones no tiene relevancia, pues lo que se protege no es lo pecuniario, sino la moral administrativa que de ninguna forma debe ser tocada o al menos intentar doblegarla por cualquier suma de dinero.

Dicho lo anterior, al final de la investigación se optará por una de las dos hipótesis planteadas y así dar respuesta a este interrogante, partiendo desde la evolución de la antijuridicidad en Colombia, en el Decreto Ley 10 de 1980⁴ hacia la evolución de la antijuridicidad material adoptada por la Ley 599 de 2000⁵ que partió para su origen desde el principio de lesividad y cuya evolución es visible en la Jurisprudencia desarrollada sobre el tema, haciendo una comparación con dos países de marcada influencia penal en nuestro país como Estados Unidos y España.

Se continuará con el desarrollo y evolución de la antijuridicidad material para luego entrar al origen y evolución del delito de cohecho por dar u ofrecer, enfocando la configuración del delito en la antijuridicidad material.

Finalmente se estudiará el bien jurídicamente protegido “Administración Pública” a lesividad o no del mismo, así como la puesta o no en peligro en el delito en estudio, para dar respuesta al problema jurídico planteado y optar por una de las dos hipótesis planteadas. Para lograr ello, esta investigación se divide en tres capítulos.

En el primer capítulo se abordará el tema de la antijuridicidad material, sus definiciones, naturaleza, clases y ubicación dentro del esquema del delito. Por su parte el segundo capítulo está encaminado a analizar en que consiste el delito de cohecho por dar u ofrecer y cuál es su naturaleza, regulación, elementos, objeto, etc., y el tercer capítulo está dirigido a identificar en qué consiste la antijuridicidad material, sus presupuestos y conexidad con la tipicidad objetiva en el caso del delito de cohecho.

⁴ Véase. Código Penal anterior al vigente, que refería sobre la antijuridicidad “ART. 4°. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.”

⁵ Véase actual Código Penal Colombiano que refiere sobre la antijuridicidad “ART. 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley

CAPITULO I. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

1.1 El esquema del delito y el juicio de desvalor.

Como se señaló anteriormente, la responsabilidad pena, es aplicada por el Estado colombiano bajo los parámetros establecidos en la teoría del delito, analizando los tres elementos del delito, esto es; tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a partir del ejercicio de una acción⁶. La acción penal, es de carácter especial y excepcional, lo que, en otras palabras, implica el agotamiento previo de las medidas correctivas que no impliquen una afectación desproporcional de la libertad individual⁷, lo que quiere decir que siempre será más beneficioso que exista una menor injerencia en los derechos fundamentales de los procesados, en cumplimiento del principio de priorización de la acción penal.

En atención a esta *última ratio* del Derecho Penal, en el caso de la comisión de delitos, se encuentra basado en la necesidad de protección integral de los sometidos a un proceso penal, superando el esquema que traía consigo el paradigma de la pena como retribución para pasar a ser como la excepción ante otras sanciones más favorables, más que todo en casos donde no existe un grado de afectación menor al bien jurídico tutelado.

Aun así, la posición que adopta la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, se mantiene en que no existe posibilidad en estos casos de

⁶. NODIER AGUDELO. *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*. Bogotá D.C, Editorial Nuevo Foro. 2011., p. 57: El autor indica que dentro del esquema clásico de la dogmática penal de inicios del siglo XX, se partía de la acción como el elemento que debía estar contemplada como delito, ejecutarse sin ningún tipo de justificación y que quien la hubiere realizado tuviera la capacidad y el discernimiento para ello.

⁷ RAUL CARNAVELI RODRIGUEZ. “*Derecho penal como ultima ratio hacia una política criminal racional*”. Revista *Ius et Praxis*. Número 1. 2008., p. 12. “En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”

desechar la acción penal, pues ello sería desconocer la importancia que este tipo de conductas implican para el Estado cuando se trata de delitos que afectan al Estado, exceptuándose aquellos en los que no existe una puesta en peligro real de la moralidad pública como bien jurídico. Ello conmina al operador jurídico que en su estudio de la conducta establezca si efectivamente hubo o no una vulneración de este bien jurídico a partir de los elementos del delito, dentro de los que se encuentra la antijuridicidad.

La tipicidad, hace referencia a la descripción de una acción o conducta dentro de la norma y su categorización como delito⁸. Al efecto, la Ley 599 de 2000, indica la tipicidad como la adecuación de un hecho a una conducta sancionada penalmente⁹. La finalidad de la existencia de este elemento en el esquema del delito se cimienta en facilitar y delimitar la acción de la Fiscalía como de los jueces, en la determinación de una conducta como delito, así como identificar cuando se esta ante una conducta sancionada con la ley penal.

Por su parte, el elemento de la antijuridicidad comprende el juicio de reprochabilidad que hace a la conducta típica injusta. Para que la conducta se entienda injusta implica que no existen eventos o circunstancias que justifican dicha acción y que se encuentran consagradas como eximentes de responsabilidad dentro de la legislación¹⁰.

Autores como Velásquez¹¹, indican que el juicio de reproche que implica la antijuridicidad, como elemento del delito, exige el estudio de dos elementos. El primero de estos, implica la determinación de una lesión a un bien jurídicamente

⁸ ALFONSO REYES ECHANDIA. *"Derecho penal. Parte General"*. Undécima Edición. Bogotá Editorial Temis. 1990., p. 88.

⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Ibíd. Artículo 10: "La ley definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal (...)"

¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Artículo 11. "Antijuridicidad: "(...) lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal"

¹¹ FERNANDO VELASQUEZ. *"Derecho Penal. Parte General"*. Cuarta Edición. Bogotá D.C. 2009. Editorial Temis., p. 120.

protegido y/o la puesta en peligro de éste con la conducta. El segundo elemento que debe estudiar el operador judicial y la Fiscalía es si a pesar de haberse cometido la conducta, esta se hizo en alguna de las circunstancias consideradas por el legislador como eximente de responsabilidad. En el caso de concurrir estos dos elementos, se puede decir que se configura el elemento de la antijuridicidad, pues permite realizar un reproche al actor de la conducta lesiva.

De su lado, el elemento de la culpabilidad, aunque también implica un juicio de reproche, este no recae sobre la acción en sí, sino sobre la conciencia de la ilicitud con la que se realiza la conducta, así como la capacidad de autodeterminación del sujeto activo de ésta. Al respecto el artículo 12 de la “Ley 599 de 2000” es claro al indicar que en Colombia es inoperante la responsabilidad penal objetiva. Ello quiere decir, que tanto operadores jurídicos como Fiscalía, se encuentran en el deber de evaluar además de la tipicidad y la antijuridicidad, los elementos de la culpabilidad. De acuerdo con Agudelo¹², la culpabilidad se compone de tres elementos.

El primero de estos permite establecer la conciencia con la que se realizó la acción; con esta se pretende determinar si el sujeto conocía la ilicitud de su conducta. El segundo elemento hace referencia a la capacidad de autodeterminación del sujeto, es decir su calidad de imputable. El tercer y último elemento se refiere a la exigencia al sujeto activo de optar por otra conducta pudiendo hacerlo. Así las cosas, se estará ante un delito cuando se configuren los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ese sentido, si alguno de estos no concurre no puede establecerse la existencia de responsabilidad penal alguna.

Ahora bien, para que pueda existir un delito, deben superarse con éxito, estos tres elementos. De lo contrario, se estaría ante la inexistencia de la responsabilidad

¹² NODIER AGUDELO. “Curso de derecho penal. Esquemas del delito”. Bogotá D.C, Editorial Nuevo Foro. 2011., p. 89.

penal, por no poder concretarse un juicio de reproche. Este mismo análisis, se realiza tanto en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, como en el sistema penal acusatorio, incluyéndose por su puesto, los delitos cometidos en contra de la administración pública.

En el caso particular del delito de cohecho se considera que existe una posible afectación al elemento de la antijuridicidad, pero previo a ello es necesario analizar cuáles son los elementos esenciales de este presupuesto del delito, como pasara a realizarse a continuación.

1.2 Elementos esenciales de la antijuridicidad.

La antijuridicidad es una de etapas que necesariamente el fiscal debe superar para determinar que existe un tipo penal y que el mismo es atribuible a una persona en específico. Una primera acepción de la antijuridicidad la considera como un contraste entre lo que debe ser y lo que le afecta o transgrede¹³ En ese mismo sentido, la antijuridicidad es un juicio de reproche entre la incongruencia de una actuación y lo consignado como el deber ser en la legislación¹⁴. Arboleda y Vallejo la definen como la esencia del delito, en tanto no puede haber trasgresión del ordenamiento si no existe un elemento que así lo indique como tal¹⁵

Una de las principales características del juicio que realiza la antijuridicidad es la ausencia de eximentes de responsabilidad, que puedan justificar la conducta

¹³ HANS BEHAM. *La antijuridicidad*. Santa Fe de Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1997., p. 13. “La antijuridicidad es el estado de contraste y contrariedad en la cual una conducta humana se vuelve relativamente contra un mandato o prohibición de la Ley”

¹⁴ JAIME SANDOVAL FERNANDEZ. *Causales de ausencia de responsabilidad penal*. Universidad del Norte, Revista de Derecho. 2003. Número 19, p. 12. “La antijuridicidad es la antinormatividad o contradicción con el ordenamiento jurídico”.

¹⁵ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Décima segunda edición. Bogotá. Editorial Leyer. 2014., p. 72.

adoptada por el presunto autor del delito. Así las cosas, se puede decir que esta figura jurídica en general es una contravención contra el ordenamiento jurídico, en la cual no hay lugar a justificación de la conducta. Algunos doctrinantes, la consideran como un juicio de valor que va necesariamente de la mano con el concepto de tipicidad¹⁶, en tanto no puede existir un hecho antijurídico si este no está considerado previamente por la ley como tal.

Como se puede ver, el autor en esta definición separa la antijuridicidad de la culpabilidad, la cual tiene como finalidad evaluar lo que se considera como “las condiciones psíquicas” de las personas. En ese sentido, se puede afirmar que la antijuridicidad corresponde a una instancia objetiva, independiente de los criterios de tipicidad y culpabilidad, encargada de analizar si la conducta es realmente contraria al ordenamiento jurídico y que no media ningún tipo de justificación en el actuar delictivo.

Es por ello, que la antijuridicidad es aplicable a la acción cuando la misma es objetivamente contraria al ordenamiento jurídico¹⁷. De la anterior acepción, se puede derivar que la esencia de la antijuridicidad es verificar si con la conducta se afecta realmente el bien jurídico protegido por la Ley, lo que más adelante será denominado como la antijuridicidad material.

¹⁶ JUAN CARRASQUILLA. *“Derecho Penal Fundamental: Teoría general del delito y la punibilidad”*. Volumen II. Bogotá. Editorial Temis. 1998., p. 192 y 206. “(...) un juicio general de desaprobación jurídica o contrariedad al orden jurídico, que teniendo por objeto la conducta en su integridad objetiva y subjetiva, la califica como debida o indebida (jurídicamente) para todas las personas, con prescindencia de las especiales condiciones psíquicas de estas. “Positivamente” la antijuridicidad es una cualidad axiológica y jurídica de la conducta que consiste en su rechazo y desaprobación por el ordenamiento jurídico, en virtud de su lesividad para los bienes jurídicos que aquel quiere proteger contra lesiones reales o potenciales. Esa desaprobación es la más radical cuando la ley asocia una pena criminal a la realización del injusto, que es la conducta lesiva calificada como antijurídica

¹⁷ EDUARDO MARQUART. *Temas básicos del derecho penal*, Buenos Aires. Editorial Abeledo – Perrot. 1977., p. 76. “la acción se presenta como objetivamente antijurídica porque es contraria a la norma en lo que esta tiene de fundamental, la tutela del valor (...)”

Ahora bien, como se menciona someramente la antijuridicidad puede ser justificada legalmente en lo que se denomina como una justa causa o causal de eximente de responsabilidad, bajo circunstancias específicas. En este escenario a pesar de que la conducta es típica y lesiona un bien jurídico tutelado no puede considerarse como antijurídica. Carrasquilla lo expone con más claridad al siguiente tenor:

“(…) 2) Esa conducta fenoménica o mundanica se ofrecerá en general (inicialmente al legislador para la tipificación y más tarde al juez para la adecuación típica), primero, como hipotéticamente lesiva de bienes jurídicos. El juez debe constatar, si aun suponiendo el daño material a un bien jurídico (lo que regularmente está prohibido, pues el fin primordial del derecho es proteger o tutelar los bienes jurídicos en orden a prevenir la lesión o amenaza de los mismos), la conducta está permitida por alguna norma especial del ordenamiento jurídico; en caso afirmativo se estará ante un “tipo permisivo” o causa de justificación, que da lugar a una conducta lícita porque no es simple y negativa “exclusión” de una antijuridicidad supuesta (así sea a título provisional o indiciario), sino verdadera y propia causa de licitud de la conducta, que en circunstancias distintas esta prohibida bajo pena. Si no hay permisión especial para la conducta lesiva, será antijurídica o contraria al orden jurídico y puede caer bajo un tipo penal de prohibición, en caso de que la ley la haya previsto expresamente como punible. Si la permisión especial existe, la conducta no se acomoda a la prohibición típica y no llega a ser típica porque no comparte la valoración básica del tipo como “digna de castigo” o “punible” que se desprende de la pena que el mismo tipo conmina (…)”¹⁸

Así las cosas, se puede inferir que, dentro del esquema de juicio de un delito, el juicio de la antijuridicidad debe necesariamente estar en primer término (antes que

¹⁸ JUAN CARRASQUILLA. *“Derecho Penal Fundamental: Teoría general del delito y la punibilidad”*. Volumen II. Bogotá: Editorial Temis. 1998., p. 208.

la tipicidad), toda vez que, de existir una justificación de la actuación delictiva, así la misma encaje en un tipo penal, no se constituiría como un delito.

Si bien es cierto, el juicio de antijuridicidad es uno solo, el mismo tiene dentro de la conducta que se presume como tipo penal dos enfoques diferentes, a saber: antijuridicidad formal y antijuridicidad material, los cuales serán analizados a punto seguido.

1.3 Tipos de antijuridicidad

Para el tema a analizar es importante conocer en que consisten los dos enfoques de la antijuridicidad y de esta manera tener claro cual es su desarrollo y aplicación dentro del delito de cohecho por dar o recibir dineros. Por ello, para una mejor claridad del lector, en el presente acápite se hará mención de los mismos.

1.3.1 Antijuridicidad formal y antijuridicidad material: definiciones y teorías.

Carrasquilla, concibe la antijuridicidad formal como:

“(…) el carácter jurídicamente prohibido de un hecho (acción y, eventualmente, también su resultado, cualquiera que sea el sentido que a este se le dé) (...) es entonces la conducta que se opone al total ordenamiento jurídico, que aparece prohibida por alguna de sus normas y ninguna norma permite, tolera o fomenta”¹⁹

Se puede entonces afirmar, que toda acción contraria a Derecho se considera como antijurídica, sin que necesariamente se entre a vulnerar en sentido estricto

¹⁹ JUAN CARRASQUILLA. “*Derecho Penal Fundamental: Teoría general del delito y la punibilidad*”. Volumen II. Bogotá: Editorial Temis. 1998., p. 203.

el bien jurídico tutelado²⁰. De lo anterior, se puede inferir, que la antijuridicidad formal se limita a determinar la conducta como simplemente contraria al ordenamiento jurídico en general, mientras que la antijuridicidad material, se ocupa o va más allá de la antijuridicidad en sentido formal, en el entendido de que la misma realiza un juicio de valor frente a la afectación del bien jurídicamente tutelado, “de manera que un mismo hecho en un mismo sistema jurídico podría ser formal pero no materialmente antijurídico o al revés”²¹, por lo cual es pertinente atreverse a afirmar que la antijuridicidad formal es atinente a un enfoque de tipo descriptivo, y la antijuridicidad formal lo es a un enfoque sustancial.

Así lo ratificaba Franz Von List citado por Arboleda y Vallejo, al enunciar que “formalmente antijurídica es la acción como contravención de una norma estatal, de un mandato o de una prohibición de orden jurídico”²² en tanto que “materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa, antisocial o también asocial”²³. Dando lo anterior como resultado la premisa de que

“un bien jurídicamente tutelado protegido en general sufriera un ataque – que sería materialmente antijurídico sin que una norma específica prohibiera y sancionara tal agresión – por lo que no sería formalmente

²⁰ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Décima segunda edición. Bogotá. Editorial Leyer. 2014., p. 161. “La antijuridicidad material es el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva” mientras que la antijuridicidad material corresponde a una “efectiva afectación del bien – interés penalmente resguardado”.

²¹ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Cit., p. 16

²² MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Cit., p. 166.

²³ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Cit., p. 166

antijurídico-, igual que podría suceder lo contrario, que un hecho formalmente prohibido apareciera como justificado a la luz del ordenamiento en su conjunto”²⁴ (Arboleda y Vallejo, pág. 165)

Estas posiciones son propias de la teoría independentista de la antijuridicidad material y la antijuridicidad formal, según la cual estos dos conceptos subsisten en el ordenamiento jurídico de forma autónoma, lo cual significaría que no existe una relación de correspondencia, siendo la antijuridicidad formal atinente a la rama del Derecho por ser la enunciación positiva del tipo penal, y la antijuridicidad material propia del campo de la sociología, por afectar bienes que afectan de manera directa o indirecta a la sociedad, y ser previa a la denominación de esta por parte del legislador como vulneradora del ordenamiento jurídico.

Otrora, la antijuridicidad material en la teoría intermedia, sugiere una concatenación de la antijuridicidad material y la antijuridicidad formal, al concebir que “el acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidas por las normas jurídicas; por consiguiente una lesión o riesgo de un bien jurídico (...) esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y por consiguiente a la misma convivencia humana”²⁵.

Como se puede ver en esta nueva concepción, la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, revierten una relación de causalidad entre ellas, en la cual un hecho jurídico que se considere contrario al ordenamiento jurídico necesariamente debe lesionar en alguna medida un bien jurídico tutelado por la norma.

²⁴ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Cit., p. 165.

²⁵ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. “*Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*”. Cit., 165

Otra teoría relativa al tema de la antijuridicidad formal y material es la que actualmente existe denominada como de correspondencia, en la cual se afirma que la antijuridicidad es una sola, y que la clasificación de la antijuridicidad en material y formal solo atiende a criterios metodológicos de la misma, siendo cada una de estas dos perspectivas de un mismo juicio de valor, así como una moneda tiene dos caras sin dejar de ser una sola moneda²⁶.

Así las cosas, se puede decir que la teoría de mayor trascendencia en el Derecho Penal actual es la de correspondencia, toda vez que en el ordenamiento jurídico (por lo menos el colombiano), existe una descripción formal del tipo penal, y a su vez una enunciación del bien jurídico contra el que atacan.

1.4 El principio de lesividad como fundamento de la antijuridicidad material

En el Derecho Penal contemporáneo se concibe el principio de lesividad o de ofensividad como el exponente más claro de la antijuridicidad material, toda vez que el mismo concibe como su principal fundamento de la acción penal la vulneración o generación de daño o de situación de riesgo de los bienes jurídicamente tutelados, provenientes.

Según Ferrajoli, el principio de lesividad implica necesariamente la materialización de un peligro o afectación del bien jurídico²⁷. Por lo anterior, podría decirse que,

²⁶ MARIO ARBOLEDA VALLEJO y JOSE ARMANDO RUIZ SALAZAR. *Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial*. Cit., p. 168. “En esta teoría, la “acción formalmente prohibida lo está por tener un contenido material disvalioso: por lesionar o poner en peligro algún bien que el legislador ha estimado merecedor de protección. La antijuridicidad material se deduce de la propia norma prohibitiva; no se encuentra más allá de ella”.

²⁷ LUIGI FERRAJOLI. “*Principio de la antijuridicidad material*”. Bogotá. Imprenta Nacional., 2008. p. 88. Indica el autor que, de acuerdo con la teleología de la legislación penal, encuentra su razón de ser la protección de solo algunos bienes jurídicos relevantes. Pues considera que si bien es cierto existen muchas conductas lesivas de derechos, no todas pueden ni deben ser sancionadas

dentro del principio de lesividad, concurren dos factores muy importantes: el bien jurídico tutelado y el peligro o daño que se puede propinar a éste con la conducta delictiva.

Ahora, cuando se habla de bien, se está haciendo referencia puntualmente a lo que en la rama del Derecho se conoce como “bien jurídico”, definido por Ghunter como “una situación o hecho valorado positivamente”²⁸. Por su parte, Mir Puig, aduce que el bien jurídico en la teoría del principio de la lesividad, atiende a dos sentidos distintos.

“En el sentido político – criminal (*De Lege Ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal (en contraposición, sobre todo, a los valores meramente morales). En sentido dogmático (*De Lege Data*) del objeto efectivamente protegido por el normal penal vulnerada de que se trate. Por ejemplo: la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la seguridad interior del Estado, etc., en cuanto el Código Penal castiga determinados ataques contra estos bienes”²⁹

Así las cosas, podría decirse que en la dogmática penal y en el principio de lesividad, el objeto primordial a preservar es el bien jurídico que emana de cada tipo penal, expresado en la contextualización, definición y punición de todas aquellas conductas que se consideren en contravía de los mismos. De acuerdo a este principio y la teoría de la antijuridicidad formal, para que una conducta pueda considerarse como contraria al Derecho en lo penal, necesariamente debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico, lo cual corresponde o se define como poner en una situación al bien jurídico, que produjere o posibilite su afectación ya sea de manera permanente o transitoria.

penalmente. Ello quiere decir que solo deben ser objeto de penalización aquellas que amenazan seriamente uno o varios bienes jurídicos de relevancia.

²⁸ JAKOBS GHUNTER. “*Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*”. Segunda Edición. Madrid. Editorial Marcial Pons.1997., p. 202.

²⁹ MIR PUIG. *Funciones de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Casa Editorial S.A., España. 1982., p. 137.

En consonancia con lo anterior, se puede decir que el principio de lesividad es el que permite que la antijuridicidad material se concrete dentro de las conductas que se consideran vulneradores de los bienes jurídicamente tutelados, por considerar que las mismas ponen en riesgo o lesionan a éstos. Ahora bien, para muchos doctrinantes, este principio también funge como un complemento del principio de legalidad, en el sentido de que el mismo “limita la persecución penal a hechos que en verdad lesionen o pongan en peligro significativamente un bien jurídico”³⁰

En ese sentido lo ha expresa la Corte Suprema de Justicia al concatenar este principio con la definición que da el Código Penal, frente a la antijuridicidad, a saber:

“Dentro de los principios rectores que se erigen en fundamento del Código Penal, el artículo 11 del Decreto – Ley 599 de 2000 consagra el de la antijuridicidad en los siguientes términos:

“Antijuridicidad. – Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”

De lo anterior se desprende que para la configuración de este elemento estructurante de la conducta punible, no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que, correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe suscitarse la antijuridicidad material, **de la cual se deriva el principio de lesividad**, respecto del cual la Sala de Casación Penal ha sostenido:

“... Del concepto así expresado se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema

³⁰ JUAN BUSTOS RAMIREZ. “*Principios fundamentales de un Derecho Penal Democrático*”. 2013. Recuperado de: http://www.juareztavares.com/textos/bustos_penal_democratico.pdf

de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor del resultado, entendido por tal como el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.” (Negrillas fuera del texto)³¹

Como se puede evidenciar, el principio de lesividad y la antijuridicidad material, en Colombia se consideran como conceptos dependientes, casi que idénticos, donde al darse el primero (antijuridicidad material), necesariamente concurre el segundo (principio de lesividad), y viceversa.

Ahora bien, en este principio al igual que en la antijuridicidad material, es menester del Estado demostrar para que se dé su configuración que existe realmente un resultado con la acción delictiva, que afecto o puso en peligro el bien jurídico tutelado³². En razón a lo anterior, se puede decir que, de la antijuridicidad material y el principio de lesividad, se encuentran íntimamente ligados en el Derecho Penal, toda vez que los mismos tienen una relación de causalidad entre los mismos, y deben ser evaluados en cada situación particular.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia del 30 de abril de 2013*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero

³² LUIGI FERRAJOLI. *Principio de la antijuridicidad material*. Bogotá. Imprenta Nacional., 2008. p.73. “(...) impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración. La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo”.

CAPITULO II. EL DELITO DE COHECHO EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

2.1 El concepto de corrupción: presupuesto elemental del delito de cohecho.

Abordar el delito de cohecho implica analizar el concepto de corrupción. En este acápite se hará una breve conceptualización de la corrupción desde el ámbito del Derecho Penal, es decir estudiando su impacto en esta área del Derecho. Desde el punto de vista jurídico se puede decir que la corrupción es todo acto que afecte el interés general, y que haga primar la consecución de satisfacción o provecho personal a costa de actividades que son privativas del ejercicio público³³.

Desde su acepción gramatical Villalba define la corrupción como un “(...) fenómeno de desnaturalización o desviación de ciertos parámetros de comportamiento”³⁴. Así las cosas, para poder hablar de corrupción es necesario contar con unos parámetros previos que indiquen que actuación debe seguir quien no es corrupto, es decir debe existir un catálogo de infracciones del deber ser que necesariamente sean actos de corrupción. La catalogación ampliamente aceptada de lo que son actos de corrupción es consagrada en la “Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996” que es complementada con la

³³ LUIS RODRIGUEZ COLLAO. “Delimitación del concepto penal de corrupción”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 25, p. 359: “Sobre la base de estas disposiciones, es claro que el concepto jurídico penal de corrupción incluye cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado”.

³⁴ JAIME LOMBANA VILLALBA. “La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública”. Universidad de León. 2013., p. 128.

“Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003”. Estas consideran que son actos de corrupción los siguientes:

- “a) El requerimiento o aceptación, directa o indirectamente por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.
- c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e) La participación como autor, co – autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.³⁵

El elemento que tienen en común estos actos de corrupción es que son acciones que afectan bienes de interés público y que se encuentran ligadas al ejercicio de

³⁵ CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. Recuperada de: <http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Convenci%C3%B3n%20Interamericana.pdf>

funciones públicas. De ahí que la Convención los considere como acciones tendientes no solo a desmejorar la actuación pública sino también como una forma de afectación del patrimonio mismo del Estado.³⁶ Por su parte la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, indica como penalizables las siguientes conductas de corrupción:

- Soborno a funcionarios del Estado (artículo 15).
- Soborno a funcionarios no originarios de un Estado que hacen parte de organizaciones internacionales públicas. (Artículo 16).
- La apropiación de dineros bien sea por malversación o por el delito de peculado, por parte de un funcionario del Estado (Artículo 17)
- El tráfico de influencias. (Artículo 18).
- El abuso de poder o de las funciones otorgadas por el servicio público que desempeña. (Artículo 19).
- El enriquecimiento ilícito. (Artículo 20).
- Sobornos, apropiación por peculado. (Artículos 21 y 22)³⁷.

³⁶ JOSE LUIS RODRIGUEZ COLLAO y MAGDALENA OSSANDON WIDOW. *Delitos contra la función pública*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008., p. 77: “La finalidad de la convención interamericana contra la corrupción no es otra que la de prohibir grupos de acciones que pueden afectar bienes jurídicos relacionados con el correcto desarrollo de la función pública, destacando aquellas conductas que afectarían la probidad de la misma y cierta gama de actuaciones que pueden poner en entre dicho su dimensión patrimonial. Por parte, también se incorporan una serie de exigencias vinculadas a evitar los efectos nocivos para el orden socioeconómico que pueden derivar de la corrupción, así como aquellas conductas que afectarían la correcta Administración de justicia”.

³⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_conventions.pdf

La consagración de estas conductas deja en claro que tienen como elemento en común (a excepción de las que tienen que ver con delitos en el sector privado) que con independencia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados, todos estos actos de corrupción implican la transgresión de funciones públicas con el fin de obtener un provecho indebido para sí mismo o para terceras personas. Así lo considera Artaza al indicar que

“(…) cuando se habla de corrupción se estaría haciendo alusión a un concepto centrado en la infracción de tales deberes (por lo general asociados a la función pública) con el propósito de beneficiar indebidamente a quien infringe tal deber (por lo general decisorio) o a un tercero”³⁸

De acuerdo con la naturaleza propia de los actos de corrupción se estima que dentro de estos se pueden incluir todos los delitos que han sido catalogados por el legislador como aquellos que afectan la administración pública como bien jurídico, que son ejecutados por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones y cargos, y que denotan un comportamiento en contra de la falta de probidad en el ejercicio de sus responsabilidades. Como acertadamente lo indica Kindhauser la corrupción puede ser considerada como “(…) una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos”³⁹, ya que los actos de corrupción pueden tener un alcance tal que puedan ser usados por las empresas del sector privado en conjunto con la empresa pública. Al respecto Artaza indica lo siguiente:

³⁸ OSWALDO ARTAZA VALERA. “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*”. Revista Política Criminal. Volumen 11. Número 21. Pp. 307 – 339.

³⁹ URS KINDHAUSER. “*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán*”. Traducido por GARCÍA VALERO, Percy. 2015. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf 4

“Sería desleal, por ejemplo, el funcionario que falta a sus deberes de fidelidad para con la Administración y abusa de su poder decisorio para enriquecerse a costa del incumplimiento de su función. Pero también sería desleal y, en este sentido, corrupto, el particular que obtiene un negocio o contraprestación de la Administración pagando en forma indebida, dejando fuera a competidores leales. Por lo mismo, se entiende que tal tendencia considere que el núcleo del concepto esté dado por la infracción de deberes de confianza, o incluso deberes funcionales, con el objeto de obtener beneficios ilícitos”.⁴⁰

De acuerdo con lo anterior podría decirse que la corrupción como término general vulnera o pone en peligro intereses públicos que deben ser protegidos, por las implicaciones que este tiene. De ahí que puedan existir varias formas de corrupción que necesariamente deben ser tipificadas como delito en Colombia. La corrupción no solo se refleja cuando existe un ofrecimiento pecuniario, por el contrario, se extiende inclusive cuando se esperan ventajas o preferencias que comportan un beneficio ilegítimo⁴¹.

Ahora bien, cabe hacer la siguiente distinción: no cualquier infracción de deberes necesariamente es un acto de corrupción. Para que un acto pueda definirse como

⁴⁰ OSWALDO ARTAZA VALERA. “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*”. Cit., p. 314.

⁴¹ OSWALDO ARTAZA VALERA. “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*”, cit. p. 315. “Tal extensión asignada al término no refleja que la infracción de deberes decisorios para la obtención de beneficios indebidos puede ser expresada, a través de formas de comportamiento muy diversas. Tanto el funcionario que solicita ventajas indebidas con el objeto de cumplir o infringir sus deberes, como en los casos en que distrae fondos que de aplicar para fines propios del sector público, o cuando defrauda al fisco produciendo una pérdida patrimonial, infringe deberes funcionales de la mano de la motivación ya señalada. Con todo, no hay ningún problema en reconocer que las conductas delictivas en tales casos son completamente diversas”.

un acto de corrupción implica que exista una desviación de un interés general a un interés privado, es decir que exista realmente un beneficio ilícito que nace de una actuación pública ilícita⁴². En ese sentido lo indica Artaza a saber:

“Para que estemos frente a un acto de corrupción no basta con que el abuso del poder decisorio se efectúe a través de la priorización de un interés secundario por sobre el interés primario esperado. Se requiere, además, que tal abuso esté en directa relación con la generación de una ventaja ilícita a un externo a esta relación bilateral original. Es decir, a un tercero interesado que quedaría en mejor posición, en forma no autorizada, que el resto de los terceros debido al beneficio que otorga a quien abusa de tal poder”⁴³

En ese sentido, para que un acto pueda ser catalogado como corrupto necesariamente debe implicar la intervención de un tercero que impulsa la comisión u omisión que da origen a la primacía de los intereses privados sobre los públicos, que incluso autores como Nieto han catalogado como una forma de “comercialización de la función pública en pro de intereses privados”⁴⁴. En ese mismo sentido lo considera Kindhäuser al señalar que los actos de corrupción implican necesariamente “un acuerdo delictivo”⁴⁵. Ahora bien, este acuerdo delictivo tiene tres características principales:

⁴² JAIME LOMBANA VILLALBA, Jaime. “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. León. Universidad de León. 2013., p. 14. “(...) Así, por ejemplo, es usual sostener que lo característico de la corrupción es el desvío de los intereses generales hacia intereses privados en forma incompatible con ciertas normas jurídicas e incluso éticas. Lo propio de la corrupción sería entonces esta confusión de esferas de lo público y lo privado así como la desviación del interés general hacia el particular”.

⁴³ OSWALDO ARTAZA VALERA. “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*”. cit., p. 314.

⁴⁴ ADAN NIETO MARTIN. “*La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. En: Estudios de Derecho penal*”. Edición de la Universidad de Castilla – La Mancha. 2004., p. 75.

⁴⁵ URS KINDHAUSER. “*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán*”, cit. p. 5.

- Es de carácter bilateral o multilateral de acuerdo a los sujetos activos y entidades o personas que reciben el beneficio.
- La recompensa o dádiva debe poder ser real, es de tangible y que sea de competencia del funcionario público.
- La acción del funcionario público necesariamente implica una violación al interés general y/o no es útil para el interés público⁴⁶

De acuerdo con esta caracterización se puede decir que el delito de cohecho puede catalogarse como un acto de corrupción que necesariamente debe ser sancionado desde el Derecho Penal, como pasará a analizarse a continuación.

2.2 Definición del delito de cohecho.

Etimológicamente el término cohecho tiene dos raíces aceptadas por la doctrina. La primera de éstas indica que proviene del latín *conficere*, que hace referencia al “(...) la acción de sobornar o corromper a un funcionario público”⁴⁷. De otro lado existen autores que consideran que la palabra cohecho proviene del latín *coactare* que significa “(...) coaccionar, obligar o forzar a otro a hacer algo que es perjudicial para el fin público”⁴⁸. Algunos autores consideran que la primera acepción etimológica se encuentra más acorde con la definición del delito de cohecho.

⁴⁶ OSWALDO ARTAZA VALERA. “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*”. cit, p. 315. Indica el autor que para que pueda hablarse de que existe una ventaja de carácter particular para el funcionario público, principalmente de tipo pecuniario.

⁴⁷ SENDER CATALAN. “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*”. Barcelona. Editorial Bayer S.A., 1999., p. 191.

⁴⁸ ENRIQUE CASAS BARQUERO. “*Observaciones técnico – jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*”. Revista Documentación Jurídica. Número 19. 1978., p. 200.

En la doctrina clásica, Carrara lo define como la “(...) venta que, de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada”⁴⁹. Ahora bien, esta definición, aunque sienta el punto de partida del cohecho desconoce algunos elementos que han sido desarrollados por la doctrina actual, como es que el cohecho no necesariamente implica que se concrete la recompensa para que exista este delito. A manera de ejemplo, en el derecho español indica Oliver lo siguiente:

“(...) En primer lugar, porque pone el acento en sólo uno de los sujetos intervinientes – el funcionario -, desconociendo que también puede haber cohecho únicamente con actividad del otro – el particular. En segundo término, porque para que haya cohecho no es necesario que el funcionario reciba prestación alguna. Y en tercer lugar, porque puede haber cohecho aun tratándose de actor por los cuales sea necesario pagar derechos”⁵⁰

Ahora bien, de acuerdo con Etcheberry, el cohecho se presenta cuando “(...) un funcionario público recibe una retribución no debida, entregada o prometida en razón a actos propios de su oficio”⁵¹. Por su parte Barquero considera que existe también cohecho tanto por parte del servidor público como por el particular que ofrece la dádiva o recompensar. Por ello define este delito en el cohecho como:

“(...) la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el

⁴⁹ FRANCESCO CARRARA. “*Programa de Derecho Criminal. Parte especial*”. Volumen 5. Traducido por ORTEGA TORRES, José J., GUERRERO, Jorge. 4ª Edición. Bogotá. Editorial Temis. 1993., p. 94.

⁵⁰ GUILLERMO OLIVER. “*Aproximación al delito de cohecho*”. Revista de Estudios de la Justicia. Número 5. 2004., p. 85.

⁵¹ ALFREDO ETCHEBERRY. “*Derecho penal. Parte especial. Tomo IV*”. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1998., p. 252.

Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo”⁵²

Por su parte Valeije lo define y caracteriza en los siguientes términos:

“(…) un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses pública. La esencial del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o *de facto* que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública”⁵³

De acuerdo a las anteriores definiciones podría decirse que en la doctrina foránea se considera que existe cohecho tanto por parte del servidor público como por el particular que lo impulsa. Ahora bien, existen otros autores que consideran el cohecho como un delito en el que intervienen tres sujetos, a saber:

“(…) el delito de cohecho podría expresarse de la siguiente manera: X (quien recibe el soborno) es sobornado por Y (quien lo ofrece), si y solo si: 1) X acepta, o acuerda aceptar, algo de valor proveniente de Y; 2) a cambio de que X actúe o

⁵² ENRIQUE CASAS BARQUERO. “*Observaciones técnico – jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*”, cit, p. 200.

⁵³ INMACULADA VALEJIE ALVAREZ. “*El tratamiento público de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*”. Madrid. Editorial Edersa. 1997., P. 47.

acuerde actuar a favor de cierto interés de Y, y 3) infringiendo un deber de lealtad propio de X, que se desprende de su función pública, posición o trabajo”⁵⁴

La definición que da el legislador del delito de cohecho se encuentra en los artículos 405, 406 y 407 de la Ley 599 de 2000. El primer delito de cohecho definido como “cohecho propio” es el siguiente:

“El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”⁵⁵

Por su parte el artículo 406 indica lo siguiente:

“Artículo 406. Cohecho impropio: El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad, de persona que tenga un asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a

⁵⁴ OSWALDO ARTAZA VALERA. “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*”, cit., p. 319.

⁵⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 599 del 24 de julio de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*”. Diario oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000. Artículo 405.

noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”⁵⁶

Así mismo el artículo 407 indica lo siguiente:

“Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad al servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.⁵⁷

De acuerdo a lo anterior, el delito de cohecho que consagra el legislador colombiano acoge las definiciones dadas por la doctrina, en tanto puede ser sujeto activo de este delito tanto el funcionario público como el particular que ofrece la dádiva o recompensa. Así mismo comprende la posible relación trilateral que puede darse en el cohecho y lo consagra como elemento típico de este delito.

Los comportamientos que se prevén en este tipo son de carácter objetivo, en tanto tienen un fin específico, esto es que un sujeto cualificado reciba para sí o para otro un dinero, a cambio de realizar un acto u omisión que sea contrario a su deber legal en el marco de la función pública⁵⁸. Con tal norma, el legislador buscó la

⁵⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 599 del 24 de julio de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*”. Diario oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000. Artículo 406.

⁵⁷ Ibídem. Artículo 407.

⁵⁸ FACETA JURIDICA. “*Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*”. 2017. p. 1: “Los comportamientos alternativos previstos en el tipo objetivo de la infracción referida tienen un específico propósito y, así, el ilícito se realiza cuando el sujeto activo cualificado recibe para sí o para otro, dinero o utilidad diversa a este o acepta promesa remuneratoria, con el fin de llevar a cabo una acción

protección de la transparencia y rectitud de los funcionarios que tienen la facultad de ejercicio de funciones públicas. El Estado al ser el supremo garante de los derechos fundamentales, tiene el deber de ser impecable en su gestión, de suerte tal que no serlo es objeto de sanción incluso desde lo penal, y más cuando se trata de acciones que le restan credibilidad⁵⁹.

2.3 Características del delito de cohecho.

La convergencia del delito de cohecho tiene unas características particulares que lo diferencian de otro tipo de conductas. La primera de estas es que se trata de un delito con sujeto activo cualificado. Solo puede realizar una conducta constitutiva de delito de cohecho un servidor público de carácter permanente o transitorio. Así mismo, la víctima de la conducta es cualificada, y esta solo puede ser el Estado, sin que ello implique que con el delito no pueda verse implicada una afectación a derechos fundamentales de personas naturales⁶⁰.

De otro lado, el bien jurídico tutelado es la administración pública, y el titular de éste es el Estado mismo, como el llamado a evitar que sus propios funcionarios hagan uso de su poder transitorio con otro fin que no sea el bienestar general⁶¹.

contraria a sus deberes funcionales, resultando intrascendente, de cara al juicio de adecuación o encuadramiento, si esta se realiza o no”.

⁵⁹ FACETA JURIDICA. “*Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*”. cit “(...) mediante tal norma el legislador pretende amparar la transparencia, rectitud, imparcialidad, integridad, legalidad y objetividad que, en el ámbito ideal, debe irradiar la administración pública, evitando que se menoscabe el perfil de impecabilidad y buena gestión que debe caracterizar a las instituciones públicas y sus integrantes en un Estado de derecho”.

⁶⁰ FACETA JURIDICA. “*Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*”. cit

⁶¹ FACETA JURIDICA. “*Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*”. cit “El objeto jurídico se relaciona

Ahora bien, otra caracterización de este delito es que al momento que se presenta la dación o la aceptación de la promesa de una remuneración, el sujeto calificado, es decir el servidor público, debe tener capacidad de decisión, es decir que debe tener la posibilidad real de ejecutar la conducta de cohecho. Ello se fundamenta en que “(...) la ilicitud se debe valorar en el instante de la entrega o aceptación antes del retardo, omisión o ejecución del acto ilegal, sin requerir su ejecución para alcanzar el perfeccionamiento”⁶².

De acuerdo con ello el perfeccionamiento de este delito se presenta sin importar el monto de la dádiva o recompensa. Ello se debe principalmente a que la cuantía de esta es irrelevante para la concreción de este delito⁶³. Ahora bien, el acto que motiva el delito de cohecho debe ser futuro, es decir que la dádiva o recompensa debe tener como fin que el servidor público haga u omita algo, que se encuentra condicionado por el pago de la dádiva. Tienen una relación de causa y efecto. De allí que sea de suma importancia que el servidor público tenga la competencia para ejecutar o no ejecutar el acto que se le solicita, en razón al cargo que ostenta, la calidad o la institución pública a la pertenezca.

De tal suerte que al no tener dicha capacidad no se estaría realmente ante un delito de cohecho. Este elemento es definido como la pretermisión que implica que

con la necesidad de impedir que la administración pública y sus cargos sean el origen de enriquecimientos indebidos, y usados como instrumentos de injusticia, mientras el material está integrado por el acto vendido, cuya realización dependerá del pago o el cumplimiento de lo ofrecido”.

⁶² FACETA JURIDICA. *Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.*, cit.

⁶³ FACETA JURIDICA. *Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.* cit Ibídem. “Promesa es el ofrecimiento de un estímulo por su actuación. Remunerar es retribuir, gratificar, recompensar, pagar o premiar no solo con dinero sino de otras maneras. El costo o la promesa pueden ser para el autor o para un tercero que en todo caso ha de ser indebido, no interesa para su perfección el monto o la calidad de lo cedido o prometido. Debe ser trascendente como para constituir causa eficiente de la conducta, basta el solo acuerdo”

el servidor público tiene la facultad de omitir o retardar el ejercicio de sus funciones, con el propósito de obtener un provecho económico por ello ⁶⁴.

De otro lado la naturaleza del delito de cohecho no admite tentativa, por el cuanto sus efectos son instantáneos aun cuando solo se trate de una promesa de remuneración. Basta con esta conducta para que se configure el delito. Ello de acuerdo con la Corte Constitucional implica que la comisión de este delito sea clandestino y secreto, de suerte que solo quienes intervienen en el saben de su existencia⁶⁵. Sumado a ello, la concreción del delito no implica necesariamente que el servidor reciba la utilidad o recompensa⁶⁶.

2.4 Clases de cohecho

⁶⁴ FACETA JURIDICA. *Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*, cit.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia SU – 489 de 2016*. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “(...) es sabido que, a diferencia de lo que ocurre frente a otro tipo de hechos punibles, los actos consumativos de un delito como el cohecho, que son instantáneos, pues aquel no puede ser objeto de tentativa, en la generalidad de los casos suelen suceder de manera oculta y clandestina, sin presencia de testigos directos, más allá de quienes concluyen el acuerdo delictuoso para que el servidor público concernido actúe alterando su línea de conducta originalmente prevista”.

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 24 de enero de 2001*. M.P. Arboleda Ripoll. Radicado No. 13155. “No requiere la conducta, que el servidor reciba el dinero, la utilidad o acepte la promesa remuneratoria, para omitir o retardar un acto propio de su cargo, para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, o uno que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, comportamientos que se tipifican u sancionan en otras disposiciones penales, las cuales definen los delitos de cohecho propio e impropio, de acuerdo con lo prometido por el funcionario; lo que la norma busca es proteger la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o los negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función”.

De acuerdo con la consagración que tiene el legislador colombiano existen varios tipos de cohecho de acuerdo al sujeto que los desarrolla y a los verbos rectores que componen cada una de estas conductas. El propósito de este acápite es señalar en cada una de las tipologías del delito su naturaleza, modo y forma de materialización.

2.4.1 Cohecho propio.

De acuerdo con el artículo 405 de la Ley 599 de 2000 existe cohecho propio cuando un funcionario público para retardar u omitir el cumplimiento de alguna de las funciones de su cargo incurre en cohecho propio. La particularidad de esta clasificación está en necesariamente debe ser ejercido por un funcionario público que tenga competencias determinadas en razón al cargo que desempeña. La característica principal de este tipo de cohecho radica en que el verbo rector implica una omisión o retardo, y ello es precisamente lo que lo diferencia del cohecho impropio⁶⁷.

2.4.2 Cohecho impropio.

De acuerdo con el artículo 406 del Código Penal, se puede decir que el cohecho impropio es aquel que es cometido por un servidor público (sujeto cualificado) que acepta para sí o para otro una utilidad o promesa de remuneración, por un acto que debe ejecutar en el marco de sus funciones.

Este tipo de cohecho se caracteriza por ser de acto y por relacionarse con el cargo y funciones que desempeña el servidor público, es decir de su capacidad de

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 6 de abril de 2005*. M.P. Herman Galán Castellanos. Radicado No. 20403. Indica la Corte Suprema de Justicia que el simple hecho que el servidor acepte o reciba cualquier tipo de dádiva estructura el delito de cohecho, en alguna de sus modalidades, y que se determinaran de acuerdo con la finalidad que se pretenda.

decisión y de la imparcialidad con la que deben tomarse las mismas. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha considerado necesaria su existencia como una forma de prevención general negativa a actuaciones que tienen como finalidad la violación de la imparcialidad con la que se debe ejercer la función pública⁶⁸.

De acuerdo con ello el núcleo mismo del injusto se traduce en la puesta en peligro del principio de objetividad con la que debe realizarse la función pública, que incluso, puede convertirse en una forma de lesión cuando efectivamente se recibe la utilidad o recompensa prometida⁶⁹. La Corte Suprema de Justicia ha señalado como características de este delito las siguientes:

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 3 de diciembre de 1999*. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Expediente 11136. “Esta modalidad del cohecho aparenta un rigor excesivo, innecesario y hasta comprensivo de conductas inocentes, nada dañinas, que propicia tratamientos injustos. (...) Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc., pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial. Más allá de la eficacia de la administración pública, también debe precaverse su insospechabilidad, pues o es dable el mantenimiento de ésta cuando el interesado de una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues así no lo diga si esta sobreentendiéndose que se requiere buscar a su favor en el asunto del cual conoce. (...) dentro del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, indudablemente está el normal desenvolvimiento de las funciones estatales, o sea que el Estado pueda desarrollar sin trastornos sus actividades legisladoras, judiciales y administrativas. Pero dentro de este bien jurídico también se comprenden valores como el prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina, etc. De ahí que quienes no actúan como deben, quebrantan aspectos esenciales del poder público”.

⁶⁹ JAIME LOMBANA VILLALBA. “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. (Tesis Doctoral). Universidad de León. 2013, p. 484. “De esta manera, pese a todas las críticas, la existencia del delito de cohecho impropio se justifica en el propio fundamento del delito de cohecho: la violación del principio de imparcialidad. La ulterior finalidad injusta o delictiva de la acción presenta un desvalor de acción adicional, más no es constitutivo de delito de cohecho, pues el núcleo del injusto mismo

- El acuerdo de voluntades
- El ofrecimiento de dádivas o recompensas.
- Que el ofrecimiento tenga como fin incentivar al servidor público a que ejecute un acto que sea de su conocimiento o que esté relacionado con sus funciones.
- Que tal acuerdo y manifestaciones sea previo a la realización de la conducta⁷⁰

Ahora bien, al igual que en el delito de cohecho propio, el bien jurídico que se pretende salvaguardar es la correcta administración pública, en lo que respecta al cumplimiento fidedigno de los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad entre otros. La finalidad de esta protección refuerza el argumento de que este derecho se materializa con la mera puesta en peligro de este bien jurídico, en

es la puesta en peligro de la igualdad y de la objetividad de las Administraciones públicas que incluso podrá convertirse en lesión en caso de que el acto por el cual se recibe la utilidad se lleve a cabo”.

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 6 de abril de 2005*. M.P. Herman Galán Castellanos. Radicado No. 20403. “Se encuentra claramente definido que el delito de cohecho impropio se configura cuando el acuerdo entre el particular y el funcionario público recae sobre un acto que el servidor debe cumplir en el ejercicio de sus funciones. Resultan, entonces, esenciales para la estructuración de la conducta punible de acuerdo con la previsión legal: a) el acuerdo de voluntades entre el tercero y el servidor público, b) el ofrecimiento de las dádivas, representadas en dinero o cualquiera otra utilidad o beneficio e incluso la promesa de su cumplimiento posterior, sin importar que el ofrecimiento sea realizado en forma directa por quien resulta beneficiado con el acto o que aquel se efectúe indirectamente, c) que dicho ofrecimiento tenga por finalidad motivar la ejecución de un acto que deba cumplir el servidor, es decir, que corresponda al ejercicio, al desempeño de las funciones que la ley, el decreto o el reglamento le han atribuido y d) que tales manifestaciones se produzcan con anterioridad a la realización del acto que se debe cumplir”.

tanto lo que se pretende es la protección de la intachabilidad con la que se deben ejercer las funciones públicas⁷¹

2.4.3 El cohecho activo.

Este tipo de cohecho es el señalado en el artículo 407 del Código Penal. A diferencia de los otros dos tipos de cohecho es que, en este, el sujeto no es cualificado, es decir corresponde ser el o los particulares que dan el ofrecimiento al servidor público. Al igual que en los otros tipos de delitos de cohecho, para su materialización solo basta que se haga el ofrecimiento.

Esta ha sido la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en este y los otros tipos de cohecho⁷². Sin embargo, el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en sentencia SU 489 de 2016 modificó este concepto indicando que puede desvirtuarse la antijuridicidad del delito cuando se prueba que, pese al ofrecimiento dado por el particular, el servidor público se abstuvo de recibir la dádiva, a saber:

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 6 de abril de 2005*. M.P. Herman Galán Castellanos. Radicado No. 20403. “Entonces, el bien jurídico tutelado tanto en el caso del cohecho impropio como el propio es la administración pública, en cuanto los atributos de transparencia, legalidad, imparcialidad, en cuanto los atributos de transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, entre otros y que le son propios, no se vean empañados o cuestionados, por la ejecución de los actos que han sido confiados a sus servidores, por consiguiente, no se requiere que con la conducta cuestionada se hayan ocasionado efectos dañinos para la administración para que esta merezca reproche penal, ya que lo que sanciona no es el resultado sino la puesta en peligro, el deterioro de la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad sobre la administración pública”.

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 24 de enero de 2001*. M.P. Arboleda Ripoll. Radicado No. 13155

“La estructura del tipo penal de cohecho, en sus distintas modalidades, se caracteriza, en principio, por la bilateralidad en la comisión de la conducta, en tanto son al menos dos personas las que participan en la realización del delito. De una parte, quien entrega la dádiva o hace la promesa y, de otra, el servidor público que la recibe o acepta, con el fin de generar un beneficio para sí o para un tercero, ya sea mediante la ejecución de un acto o la omisión de uno propio de su cargo o de un acto contrario los deberes legales (cohecho propio), o uno en desempeño de sus funciones (cohecho impropio). Así mismo, se sanciona a quien dé u ofrezca dinero u otro beneficio al servidor público para que incurra en cualquiera de las conductas descritas.

No obstante, cabe resaltar que el carácter bilateral del delito de cohecho, se puede desvanecer cuando solo uno de los sujetos participantes comete la conducta, tal y como ocurre en el evento en el que un sujeto ofrece dinero o utilidad a un servidor público para que se abstenga de cumplir con los deberes propios de su cargo, pero aquel rechaza el ofrecimiento y denuncia el delito, situación que ocurriría, por ejemplo, si una persona ofrece dinero a un funcionario de un ente de control para que no inicie una investigación en su contra, pero este último se niega a aceptar la oferta”⁷³

2.5 El bien jurídico tutelado en el delito de cohecho: la administración pública

2.5.1 Presupuestos constitucionales.

La Administración Pública como bien jurídico tutelado en el caso del delito de cohecho y los actos de corrupción parte de presupuestos constitucionales,

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia SU – 489 de 2016*. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

reflejados principalmente en el artículo 209⁷⁴ constitucional, que señala los principios fundamentales que deben orientar la función pública y por ende quienes hacen parte de ésta. Para el caso de la correcta administración pública se consideran como indispensables los siguientes presupuestos que parten de este artículo:

- La primacía del interés general en la función pública. Este principio evoca el cumplimiento de las responsabilidades del servicio público con atención a los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad, entre otros. Los encargados de tan importante labor son los funcionarios públicos quienes fungen como representantes legítimos del Estado y por tanto tienen a su cargo la probidad en la ejecución de sus acciones⁷⁵, así como el cumplimiento de los fines esenciales del Estado⁷⁶

⁷⁴ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1991*. Artículo 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

⁷⁵ CERVELEÓN PADILLA LINARES. “*Postulación del derecho fundamental a una administración pública servicial en Colombia*”. Revista Nova et Vetera Administración Pública y Derechos Humanos. Número 63. Volumen 19. 2010., p. 165. “En tal sentido la prevalencia del interés general, que es uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho colombiano, no sólo somete a quien desempeña alguna función administrativa a servir a la comunidad, sino a servir a cada una de las personas que la forman, hasta donde su interés particular no se contraponga a aquel (...) Para ello existen los servidores públicos, principalmente autoridades, con la misión de garantizarle a los colombianos el ejercicio de sus derechos y libertades y alcanzar los demás fines esenciales del Estado”.

⁷⁶ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. “*Constitución Política de 1991*”. Artículo 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de

- La prevalencia de la Constitución Política de 1991 en todas las actuaciones administrativas⁷⁷.
- El derecho a ser tratado igual por las autoridades públicas. A partir del postulado constitucional del artículo 13⁷⁸ superior, el constituyente instituyó el deber de las autoridades públicas de tratar a todos los ciudadanos de forma igual, siempre que se encuentren en las mismas condiciones. En el caso del delito de cohecho puede existir una vulneración a este

los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

⁷⁷ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1991*. Cit., Artículo 4. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

⁷⁸ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. “*Constitución Política de 1991*”. cit Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

presupuesto, en el entendido de que puede presentarse un trato preferente a alguien por la recompensa o dádiva dada al servidor público⁷⁹

- El principio de moralidad en lo relacionado con la consagración de los conflictos de intereses en los términos señalados en la Ley 50 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”.
- El principio de eficacia. Este presupuesto constitucional implica una preocupación por las secuelas que puede tener los actos de corrupción en de los funcionarios públicos⁸⁰, para la consecución del bienestar general.

⁷⁹ JAIME LOMBANA VILLALBA. cit, p. 444. “El principio de igualdad, consagrado en el art. 13 de la Constitución, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y que tiene especial relevancia en materia de corrupción, pues como se señaló (...) ésta implica la desviación de intereses y el quebrantamiento de la imparcialidad de la administración pública en el trato de los ciudadanos”.

⁸⁰ JAIME LOMBANA VILLALBA. Cit., p. 445. “El principio de eficacia (CP art. 209) no se reduce al simple cumplimiento de las disposiciones y exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal. El principio de eficacia es especialmente importante cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales. El acatamiento de las normas del Estado social de derecho impone a los funcionarios una atención especial a la persona y a sus circunstancias. Tratándose de derechos fundamentales, la administración pública está obligada a cumplir con unos resultados y no simplemente con la puesta en obra de unos medios. En este sentido son, por lo menos hasta cierto punto, indiferentes las causas del retraso administrativo. La deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no pueden ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas”.

- El principio de economía y la celeridad en las actuaciones administrativas. Cuando se refiere al principio de economía en materia contenciosa, este implica que todas las actuaciones se realicen en el menor tiempo posible y haciendo un uso eficiente de los recursos públicos del Estado⁸¹. Así mismo el principio de celeridad involucra el deber de los funcionarios públicos de realizar sus funciones sin trámites innecesarios y de forma eficiente⁸².
- El principio de imparcialidad, que conmina a los funcionarios públicos a ejercer un tratamiento igual a los ciudadanos. En ese mismo sentido lo considera la Corte Constitucional al señalar que el principio de imparcialidad, hace referencia a que las autoridades públicas deben abstenerse de tener un tratamiento que involucre un trato preferencial y/o discriminatorio sin razones que lo justifique⁸³. Así mismo lo indica Lombana

⁸¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 1437 del 18 de enero de 2011”. “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. Artículo 3. Numeral 12. “En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”.

⁸² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 1437 del 18 de enero de 2011”. “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. Artículo 3. Numeral 13. “En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T – 487 de 2001*. M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA. “En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deben actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles un tratamiento igual, respetando el orden en que actúan ante ellos. Así como se debe respetar el turno de presentación de las solicitudes para garantizar el principio de imparcialidad, también se deben

al señalar que el principio de imparcialidad implica que las autoridades públicas están en la obligación de garantizar los derechos de las personas sin ningún tipo de discriminación⁸⁴.

En el caso del delito de cohecho, el cumplimiento del principio de la imparcialidad es de suma importancia, por cuanto este es el que le da legitimidad a la acción adoptada, y la diferencia de una de orden arbitrario o caprichoso⁸⁵.

- El principio de publicidad. Este depende del tipo de actuación administrativa que realicen las autoridades administrativas. A manera de ejemplo cuando

resolver las peticiones sobre prestaciones dentro del término legal, adoptando las medidas y mecanismos administrativos necesarios para garantizar el cumplimiento de las mismas y de los fines que se persiguen con cada una”.

⁸⁴ JAIME LOMBANA VILLALBA., p. 446. “En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deben actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles un tratamiento igual, respetando el orden en que actúan ante ellos. Así como se debe respetar el turno de presentación de las solicitudes para garantizar el principio de imparcialidad, también se deben resolver las peticiones sobre prestaciones dentro del término legal, adoptando las medidas y mecanismos administrativos necesarios para garantizar el cumplimiento de las mismas y de los fines que se persiguen con cada una”.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 095 de 2003*. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. “En esta medida, la legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en donde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho”.

se trata de un acto administrativo este puede materializarse mediante comunicaciones, notificaciones, publicaciones entre otras.

- Los principios de descentralización⁸⁶, coordinación⁸⁷, delegación⁸⁸, desconcentración⁸⁹ entre otros que parten del mismo artículo 209 y que son desarrollados por la Ley 489 de 1998.

Todo este conjunto de preceptos constitucionales hace parte del bien jurídico de la Administración Pública y demandan de los funcionarios públicos de determinada actuación, so pena de incurrir en responsabilidades de distinto índole, inclusive penal como sucede en el caso del delito de cohecho.

⁸⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 489 del 29 de diciembre de 1998”. *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*. Diario oficial No. 43.604 del 30 de diciembre de 1998. Artículo 7. “En el ejercicio de las facultades de esta ley en general en el desarrollo y reglamentación de la misma el gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación. Igualmente al interior de las entidades nacionales descentralizadas el gobierno velará porque se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones, de modo tal que sin perjuicio del necesario control administrativo los funcionarios regionales de tales entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función”.

⁸⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 489 del 29 de diciembre de 1998”. Cit. Artículo 6.

⁸⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 489 del 29 de diciembre de 1998”. Cit. Artículo 9.

⁸⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 489 del 29 de diciembre de 1998”. Cit. Artículo 8

2.5.2 La calidad de funcionario y sus responsabilidades en el Estado Social de Derecho.

El análisis de las razones que justifican la sanción desde el ámbito penal de la administración pública y que lo catalogan como un bien jurídico de especial protección, implica el análisis que tiene esta función en el marco de un Estado Social de Derecho.

La caracterización que tiene un Estado Social de Derecho es el deber que este se abroga de garantizar los derechos fundamentales mediante el cumplimiento de sus fines. Este cumplimiento de los fines del Estado es lo que caracteriza la Administración Pública como bien jurídico, en tanto se trata de una infracción de deberes jurídicos que son parte la función pública. Al respecto Chanjan indica lo siguiente:

“En efecto, lo característico de esta clase de delitos, a diferencia de un homicidio, por ejemplo, es la infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el abuso de poderes públicos que deben ejercitar los órganos de la Administración. Dichos poderes como es evidente emanan de la existencia y legitimidad del Estado en la sociedad”⁹⁰

La legitimidad de la Administración Pública deviene del pacto social y del paso de un estado de naturaleza para la conformación de una sociedad civil, cediendo el poder a un ente abstracto (Estado) para que salvaguardara la vida, las libertades y el derecho de propiedad⁹¹. En este contexto la Administración Pública cumple una

⁹⁰ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *·El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública·*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Volumen 38. Número 104., p. 123.

⁹¹ JOHN LOCKE. *“Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil”*. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 1999., p. 123. “(...) la finalidad

función de establecimiento de límites del poder en relación con la libertad individual.

A partir de ello la administración pública es una institución creada por el Estado cuyo fin es el de fungir como mecanismo de armonización de las relaciones sociales y la finalidad del Estado⁹². Ahora bien, la administración pública puede ser entendida desde tres acepciones: i) desde una visión estructura, ii) desde el aspecto funcional, iii) como una disciplina de carácter científico⁹³. Las dos primeras facetas de la Administración Pública son las que interesan a esta investigación.

Como estructura la Administración Pública puede ser entendida como “el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y el ejercen las facultades del Estado”⁹⁴. De otro lado como función la administración pública se entiende como el conjunto de actividades que realizan los funcionarios

máxima y principal que buscan los hombres sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes y derechos”.

⁹² RAFAEL CHANJAN DOCUMET. “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”. Cit., p. 126. “podemos sostener que la administración pública aparece como institución creada por el Estado – algunos dirían que es su concreción– para servir de mecanismo de conexión entre la sociedad civil y el Estado. El Estado, como ente abstracto, cumple sus fines sociales, antes indicados, a través de la administración pública. La administración pública posibilita que el Estado cumpla sus fines prestacionales”.

⁹³ CARLOS GÓMES DIAZ DE LEÓN. “*Administración pública contemporánea*”. México D.F. Editorial McGraw Hill Interamericana. 1998., p. 22.

⁹⁴ CARLOS GÓMES DIAZ DE LEÓN. *Administración pública contemporánea*, cit p. 34.

públicos en ejercicio de su facultad de dirección del poder público, incluso desde el punto de vista coercitivo⁹⁵.

Para el caso del Derecho Penal se entiende que al legislador le interesa proteger su faceta como función, y este es precisamente el núcleo esencial del bien jurídico de la administración pública, junto con el cumplimiento efectivo de la satisfacción del interés general, como función primigenia del Estado Social de Derecho⁹⁶.

De acuerdo con ello, la existencia del Estado y de la administración pública, se cimienta en sus fines prestacionales. Como bien lo señala Parejo, la administración pública eficiente es imprescindible para el cumplimiento de los fines esenciales que hacen parte del paradigma del Estado Social de Derecho⁹⁷, a través de la prestación eficiente de servicios públicos⁹⁸.

⁹⁵ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *“El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*. Cit., p.127. “Desde esta concepción, la administración pública se identifica con la propia función pública de la administración. Precisamente, lo que diferencia a la administración pública (en sentido dinámico) de cualquier otra institución u organización privada es que detenta el monopolio de la coerción o coacción estatal”.

⁹⁶ ADELA ASUA BATARRITA. *“La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria”*... En: *“delitos contra la administración pública”*. Jurista Editores. Lima. 2009, p. 550. “(...) más allá de la prestación de los servicios de interés general, las instituciones públicas a través de sus agentes, los funcionarios en sentido amplio se convierten en garantes de la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales”.

⁹⁷ LUCIANO ALFONSO PAREJO. *“Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa”*. Editorial Civitas. 1983., p. 107.

⁹⁸ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *“El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*., cit., p.128.

Ahora cuando se dice que la finalidad del Estado es la de prestar servicios públicos debe entenderse esto en un sentido amplio, es decir que dentro de estos se encuentran tanto servicios públicos domiciliarios, administración de justicia y todos aquellos que comúnmente se les denomina, así como también los de asistencia sanitaria, educación, transporte, contratación de bienes y servicios entre otros. Todo este conjunto de actividades es lo que se denomina como función pública. De tal entidad es su importancia para el Estado que ha considerado como necesario e imprescindible su tutela desde el ámbito penal⁹⁹.

Pareciese que la administración pública como bien jurídicamente tutelado ameritaría otro tipo de responsabilidad que no fuera tan invasiva de los derechos fundamentales, más si se tiene en cuenta que no se está ante un delito que afecte directamente los derechos o libertades de otra persona. Sin embargo, el legislador considero como necesaria la tutela de los fines esenciales del Estado como una forma de prevención general negativa¹⁰⁰, es decir, con la finalidad de que los funcionarios públicos se abstengan de realizar actos de corrupción que defrauden la finalidad misma del Estado.

⁹⁹ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *“El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*, cit., p. 128. “(...) el buen o correcto funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad (...) el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal”.

¹⁰⁰ RAFAEL ALCACER GIRAÓ. *“¿Lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto”*. Barcelona. Editorial Atelier. 2003., p. 123. “(...) el fin preventivo primordial del Derecho Penal habrá de ser en todo caso la protección de los bienes jurídicos, quedando la protección de la vigencia del ordenamiento, como un fin, si bien legítimo, axiológica y funcionalmente subordinado a aquel”.

Esto mismo fue considerado de forma general por la Constitución Política de 1991 en sus artículos 123¹⁰¹ y 124¹⁰² al dictarle al legislador la forma y clases de responsabilidad, dentro de la que se puede destacar inclusive la penal. Ahora bien, entender qué tipo de bien jurídico comprende el de la administración de justicia, demanda que se dé un concepto por lo menos básico de lo que es un bien jurídico.

Al respecto se puede decir que existen tres vertientes en relación con la definición de bien jurídico: la corriente personalista, la del daño social y la funcionalista¹⁰³. De acuerdo a las primeras se puede decir que el bien jurídico es aquel que toma en cuenta a la persona y su ámbito personal¹⁰⁴. Por su parte cuando se habla de un bien jurídico de carácter social, se hace referencia a aquellos que tienen una

¹⁰¹ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. “*Constitución Política de 1991*”. Cit., Artículo 123. “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

¹⁰² ASAMBLEA CONSTITUYENTE. “*Constitución Política de 1991*”. Cit Artículo 124. “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

¹⁰³ SHUNEMMAN BERND *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos?*”. Bogotá D.C., Edición de la Universidad Externado. 2007., p. 17.

¹⁰⁴ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”. p.132. “(...) se dota de prioridad valorativa a la persona y su esfera de intereses, contraponiéndolos de manera absoluta con los intereses supra personales tendientes a cumplir alguna función social”.

dimensión colectiva, es decir que implica un daño en abstracto a la sociedad o al Estado¹⁰⁵.

Para el caso de la administración pública el bien jurídico que se protege es de carácter colectivo, que parte de la teoría social estatal, que indica que “(...) el objeto de la protección penal se relaciona directamente con la satisfacción de necesidades de la colectividad al igual que los bienes jurídicos individuales, pretenden evitar lesiones a un orden social establecido”¹⁰⁶. Dentro de esta categoría de fines jurídicos se encuentran los siguientes: i) bienes de carácter institucional, ii) colectivos propiamente dichos y, iii) de control. Chanjan los describe de la siguiente manera:

“En primer lugar, los bienes jurídicos institucionales son aquellos referidos a la preservación de determinadas instituciones básicas (procedimientos de solución de conflictos) para el funcionamiento del sistema (administración de justicia, administración pública, etc.). Por su parte, los bienes jurídicos colectivos son aquellos que se refieren a la satisfacción de necesidades de carácter macro social y/o macro económico (salud pública p. ej.). Por último, los bienes jurídicos de control son aquellos referidos a la propia organización del aparato estatal, para que este pueda cumplir con su función de control social (seguridad interior y exterior)”¹⁰⁷

Para el caso de esta investigación los tipos de bienes jurídicos colectivos que se protegen son de carácter institucional, en tanto tienen relación directa con la satisfacción de intereses sociales, pues como bien lo indica Bustos “(...) los bienes jurídicos institucionales aseguran, mediante procedimientos formalizados

¹⁰⁵ Ibid., p. 132.

¹⁰⁶ Ibid., p. 134.

¹⁰⁷ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”, cit., p. 135.

(instituciones) el ejercicio efectivo de los derechos e interrelaciones de las personas”¹⁰⁸.

Como se indicó en líneas anteriores, la interrelación entre los intereses de los ciudadanos y la función del Estado se armoniza por la función pública, de suerte tal, que puede entenderse que la administración pública como bien jurídico y su vulneración se caracteriza por la infracción en los deberes jurídicos que le son propios a la condición de funcionario público, así como al abuso de tal condición para la correcta ejecución de las facultades de administración del poder del Estado¹⁰⁹.

2.5.3 Las teorías a partir de las cuales se desarrolla la protección de los delitos contra la administración pública.

El desarrollo doctrinal tanto en el derecho comparado como en el propio ha sintetizado cuatro teorías a partir de las cuales se justifica la protección de la administración de justicia como bien jurídico tutelado.

2.5.3.1 Teoría de la transgresión de las expectativas que se tiene de la administración pública.

De esta teoría el máximo exponente es Günther Jakobs, que parte del presupuesto de que el Derecho Penal en sí no parte de la protección de bienes jurídicos, sino de meras expectativas normativas que tiene la sociedad. Vázquez haciendo una interpretación de esta teoría indica que con ésta Jakobs quiso

¹⁰⁸ JUAN BUSTOS RAMIREZ. “Manual de Derecho penal. Parte Especial”. Editorial Ariel. Barcelona 1991., p. 367.

¹⁰⁹ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. “El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”, CIT., p. 367

indicar que la consagración de conductas como delitos que afectan la administración pública es la decepción que tiene la ciudadanía de las instituciones públicas y que hacen que éstas no funcionen de manera adecuada¹¹⁰. De acuerdo con Chanjan esta teoría refiere que la infracción de los deberes públicos afecta la expectativa legítima que tienen los ciudadanos de los servidores públicos cumpla con una correcta administración pública¹¹¹.

2.5.3.2 La teoría del deber de cumplimiento de los deberes del cargo público.

Esta teoría también conocida como la protección de la fidelidad al Estado, es creada en Alemania¹¹². De acuerdo con esta teoría la antijuridicidad o el injusto en el caso de los delitos contra la administración pública parte de la infracción directa de un deber específico de la función pública, quebrantando la confianza que se deposita en el Estado y en los cargos públicos, así como su legitimidad.¹¹³. En ese

¹¹⁰ FERNANDO VASQUEZ PORTOMENÉ SEIJAS. *“Los delitos contra la administración pública. Teoría general”*. Instituto Nacional de Administración pública. Santiago de Compostella.. 2003., p. 349.

¹¹¹ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *“El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*. Cit.,, p.139. “Es decir, en esta lógica, los delitos contra la administración pública, en tanto “delitos de infracción de deber se centrarían en asegurar las expectativas sociales de que los funcionarios cumplan con su deber de observar las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas”

¹¹² JOSE ANTONIO CARO. *“Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”*. Anuario de Derecho Penal. 2003., p. 62.

¹¹³ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *“El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*. cit., p. 139. “(...) la conducta ilícita del funcionario, considerado como sometido a la estructura estatal, quiebra la confianza depositada en él. Es decir, considera a los delitos funcionariales como una traición, una deslealtad en contra del Estado y su estructura”.

sentido existe una elevación de las infracciones a la función pública a la categoría de delitos por las implicaciones sociales que tienen este tipo de actos de corrupción.

2.5.3.3. La teoría de la legitimidad y prestigio de la administración pública.

Esta teoría parte de la legitimidad que tiene el Estado y de la probidad de la función pública como objeto de protección jurídica. En ese sentido, “(...) el comportamiento irregular del funcionario público constituiría, entonces, un atentado contra el prestigio que toda la administración pública debería tener de cara a sus administrados”¹¹⁴. De acuerdo con esta teoría los delitos en contra de la administración pública, incluido el cohecho deben ser investigados y sancionados por cuanto desacreditan la reputación que tiene el Estado y la legitimidad del uso de su poder coercitivo¹¹⁵.

2.5.3.4 Teoría del correcto funcionamiento de la administración pública.

Esta teoría ha sido la de mayor aceptación (incluso en Colombia) para la protección penal de la administración pública. De acuerdo con esta teoría, la protección penal es la probidad en las tareas constitucionales y legales que le son encomendadas a los funcionarios públicos, en desarrollo de los presupuestos constitucionales de imparcialidad, objetividad, jerarquía, etc., que parte del texto superior. Al respecto Chanjan indica que lo que busca esta teoría es la protección de la función pública como elemento de la administración pública¹¹⁶. En ese

¹¹⁴ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”. cit., p. 139.

¹¹⁶ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”, cit p. 140. El autor indica que la administración pública como un bien jurídico tutelable no es de tipo funcional ni

sentido “(...) el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la administración”¹¹⁷.

Así las cosas, el concepto de administración pública implica necesariamente el de función pública, en tanto todos los delitos que se cometen contra esta, se hacen siempre en el ejercicio de la función pública. En este punto es necesario cuestionarse que se entiende por función pública. De acuerdo con Rojas la función pública puede entenderse como aquella que tiene como finalidad la consecución del bienestar general o colectivo¹¹⁸. En ese mismo sentido la define Chanjan al indicar que la función pública es aquella que ejerce una entidad del Estado, y que tiene como propósito el ejercicio de funciones públicas que garanticen el bien común o el interés general¹¹⁹

Desde un criterio formal, la función pública es aquella que es desempeñada por las instituciones que esté autorizado para tal de acuerdo a la estructura funcional del Estado. Olaizola al respecto señala que la función pública es aquella realizada por una entidad pública que está sometido a la rama del Derecho Público¹²⁰. Del

estático, por el contrario se protege en razón a la importancia que tiene la Administración Pública como elemento imprescindible para cumplir con los fines sociales que se derivan de la función pública que ejercen sus funcionarios.

¹¹⁷ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *“El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*., cit p. 140.

¹¹⁸ FIDEL ROJAS VARGAS *Delitos contra la administración pública*. Lima Editorial Grijley. 2007., p. 25.

¹¹⁹ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*. cit., p. 143.

¹²⁰ INES OLAIZOLA NOGALES. *Concepto de funcionario público a efectos penales*. En: *Delitos contra la administración pública*. Edición del Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao. 1997., p. 79.

concepto de función pública también parte el de funcionario público. Al respecto recuérdese que el sujeto activo que realiza el delito de cohecho es el funcionario público. Este puede considerarse como aquella persona natural que hace parte de una entidad pública y tiene la posibilidad de ejercer el poder del Estado en cumplimiento de lo señalado en la legislación y la Constitución Política de 1991. Chanjan indica que es funcionario público quien cumple con “(...) 1) incorporación heterónoma a la función pública, 2) posibilidad de participar en la función pública”¹²¹.

Ahora bien, en este punto es importante cuestionar si realmente todas las conductas que se consideren como delitos en contra de la administración pública deben ser objeto de penalización por el Estado bajo los presupuestos de *última ratio* del Derecho Penal, como pasará a analizarse a continuación.

¹²¹ RAFAEL CHANJAN DOCUMET. *El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*. cit., p. 144.

CAPITULO III. EL COHECHO COMO ACTO DE CORRUPCIÓN Y SU PENALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL A PARTIR DE LA TEORÍA DE *ÚLTIMA RATIO*

El propósito de este capítulo es hacer un análisis desde el derecho comparado con el caso español del delito de cohecho desde la perspectiva del derecho penal como *ultima ratio*. La finalidad de este análisis es determinar si efectivamente debe existir una protección del delito de cohecho cuando se trata de sumas irrisorias desde este como una forma de corrupción.

3.1 El derecho penal como *ultima ratio* y la interpretación que le puede dar el juez penal a partir de su discrecionalidad.

Dentro de la doctrina actual, que se vio afianzada con la promulgación de la Ley 906 de 2004 es común la acepción de que el poder punitivo del Estado debe ser el último recurso al que se acudir para lograr la sanción de determinadas conductas. Al respecto Carnevali indica que el Derecho Penal como *ultima ratio* implica que éste debe ser el último instrumento al que el Estado puede acudir para la protección de bienes jurídicos. Ello quiere decir que si existe otro mecanismo que sea menos lesivo de derechos, debe optarse por éste y no por la acción penal¹²²

De acuerdo a ello si se logra disuadir la comisión de una conducta por otros medios que sean menos lesivos para el ciudadano se debe optar por éstos y no por el derecho penal, de suerte tal, que solo podrá acudirse a la faculta punitiva del Estado cuando solo sea estrictamente necesario de acuerdo al concepto de utilidad social¹²³. En ese mismo sentido lo indica Beccaria, a saber:

¹²² RAUL CARNAVALI RODRIGUEZ. “*Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*”. Revista Ius Et Praxis. Número 1. 2011. p. 14.

¹²³ RAUL CARNAVALI RODRIGUEZ. “*Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*”. cit p. 15.

“(....).La tercera consecuencia es que si llegase a probarse que la atrocidad de las penas, inmediatamente opuesta al bien jurídico y a la finalidad misma de impedir delitos, fuese inútil, también en este caso aquélla no sólo sería contraria las virtudes benéficas, efecto de una razón ilustrada que prefiere mandar más bien a hombres felices, que no a una manada de esclavos en que se mantenga siempre una perpetua circulación de tímida crueldad, sino que sería también contraria a la propia justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”¹²⁴

De acuerdo con lo anterior podría considerarse el principio de *última ratio* como un principio de estricta necesidad en un modelo de Estado Social de Derecho. En ese sentido en cumplimiento de este principio el Estado debe modular su facultad punitiva y disminuirla al máximo cuando no sea necesaria tal tipo de intervención. Algunos autores catalogan este principio de *ultima ratio* como de carácter político o social por las implicaciones que este tiene en relación con la fijación de la política criminal del Estado, y como forma de racionalización de la imposición de penas como castigo a ciertas conductas que podrían ser sancionados con medios menos lesivos de los derechos fundamentales.¹²⁵

Así las cosas, el uso del Derecho Penal solo sería legítimo cuando se trate de infracciones graves y siempre que sea el último recurso al que se pueda acudir, precisamente para evitar su expansionismo y su catalogación como *primera ratio* para la solución de situaciones sociales. Ahora bien, la función que cumple el derecho penal es de fungir como un medio de control social, y el fomento de la paz

¹²⁴ CESA BECCARIA. “*Tratado de los delitos y las penas*”. Traducción de BERNALDO DE QUIROS, Constancia. México D.F. México D.C. 1957., p. 67.

¹²⁵ REINTAR MARUCH y HEINZ ZIPF. “*Derecho penal. Parte general*”. Séptima Edición. Traducción de ENRIQUE BOFILL JORGE AIMONE. Buenos Aires Editorial Astrea. 1994., p. 34.

y el respeto por los derechos fundamentales y los bienes jurídicos tutelados por el legislador.

En ese sentido una de las funciones principales del Derecho penal es la de fungir como un medio de prevención general negativa, lo que quiere decir que de su contenido se desprende un claro mensaje de abstención de la comisión de delitos para preservar la paz social. Al respecto Carnavali, indica lo siguiente:

“(...) el fin esencial, primario que justifica la presencia del Derecho penal dentro de una sociedad es su eficacia instrumental para prevenir o, mejor dicho, reducir la violencia que tiene lugar dentro de ella. Es decir, el Derecho penal como medio de control social formalizado inhibe la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos”¹²⁶

De acuerdo con ello, el derecho penal busca de un lado la prevención de la comisión de delitos y del otro que exista justicia por propia mano, siempre que estos se justifiquen por la relevancia del ilícito:

“(...) entendiendo que el empleo de dichos instrumentos supone el ejercicio de violencia, aun cuando sea institucionalizada, también se plantea como uno de los fines que debe perseguir el Derecho penal la reducción de ésta. En este orden, el Estado debe apreciar y valorar si el quantum de violencia que emplea —así, policía, actuación de órganos de persecución como Ministerio Público, los tribunales y las medidas que pueden decretar para hacer cumplir sus resoluciones, las penas— se relaciona con la necesaria eficacia disuasiva en su actuación. Por tanto, si conforme a este autoanálisis se aprecia que se puede ser igualmente eficiente en la prevención de los delitos y de las reacciones informales reduciendo o eliminando el exceso de violencia, entonces debe hacerse. Por lo demás, la historia del Derecho penal nos ilustra cómo el Estado se ha sometido a revisiones constantes y se ha

¹²⁶ RAUL CARNAVALI RODRIGUEZ. “*Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*”. cit., p. 21.

autolimitado en sus intervenciones punitivas. Así, la menor aplicación de la pena de muerte, la reducción de las penas privativas de libertad, procesos de des criminalación o despenalización”¹²⁷

Ahora bien, el Estado siempre tendrá el interés de un lado de reducir toda forma de violencia, incluso si esta proviene de sus propias autoridades. Ello quiere decir que la sociedad en virtud del pacto social que implica un Estado Social de Derecho le cede a un ente supremo (Estado) la potestad de penalizar todas aquellas actuaciones que sean en contra de sus fines, aun si estas mismas provienen de sus propias instituciones, siempre que estas sean proporcionales al daño causado, que se sujeten a las reglas propias de los principios de legalidad¹²⁸ y debido proceso penal¹²⁹.

¹²⁷ RAUL CARNAVALI RODRIGUEZ. “*Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*”. cit p. 22.

¹²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 297 de 2016*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “*El principio de legalidad en sentido estricto, es decir, el principio de tipicidad o taxatividad, requiere que las conductas y las sanciones que configuran el tipo penal sean determinadas de forma precisa e inequívoca. No obstante, la jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito cuando la naturaleza del mismo no permita agotar de forma exhaustiva la descripción de la conducta, pero se encuentran los elementos básicos para delimitar la prohibición, o es determinable mediante la remisión a otras normas. A su vez, dicha indeterminación no puede ser de tal grado que no sea posible comprender cuál es el comportamiento sancionado, lo cual se verifica cuando mediante un ejercicio de actividad interpretativa ordinaria se puede precisar el alcance de la prohibición o cuando existe un referente especializado que precisa los parámetros específicos de su contenido y alcance*”.

¹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 496 del 2015*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. “*El debido proceso es un derecho fundamental que se ha definido como “una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”. En este sentido, constituye la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de*

Para el caso particular del principio de legalidad, este debe ser permeado por el principio de *ultima ratio*, en el momento en que el legislador prevé la sanción de algunas conductas penales. Para el caso particular del cohecho, el principio de *última ratio* aunque parte del principio de legalidad, tiene asidero aún más en la interpretación que para el efecto le puede dar el juez penal precisamente en los casos donde el ofrecimiento no es cuantioso, que incluso podría considerarse como irrisorio.

El cuestionamiento que cabe en este asunto es si la discrecionalidad judicial o inclusive en las investigaciones previas que hace el fiscal, se puede hablar realmente de una posibilidad de interpretación del tipo penal de cohecho cuando se trata de delitos que tienen una pena irrisoria.

La respuesta que desde ya se plantea es que no es posible, por cuanto la taxatividad del delito no lo permitiría, actuar de otra forma sería igual que desconocer el mismo principio de legalidad y el análisis de proporcionalidad que

su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley. Por consiguiente, exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley. Este derecho tiene por finalidad fundamental: "la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)" A su vez el debido proceso busca "asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas"¹, procurando satisfacer los requerimientos y condiciones que han de cumplirse indefectiblemente para garantizar la efectividad del derecho material y la consecución de la justicia. De esta manera, la importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo, por lo cual deben respetarse los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo".

realizó el legislador previó a la tipificación y sanción de la pena. Sin embargo y previo a realizar el ejercicio de derecho comparado se considera necesario que se hagan algunas precisiones en materia de interpretación y ponderación que ayudaran al lector a entender la argumentación que sigue en las presentes líneas.

3.2 La discrecionalidad de la interpretación judicial, la argumentación jurídica y el respeto por el principio de legalidad.

El rol que desempeña el juez como supremo intérprete de la ley es en la actualidad uno de los derroteros de las teorías de argumentación jurídica. La forma como éstos, aplican la ley en cada caso concreto, hacen de la interpretación judicial la forma en que se protegen los derechos y se garantiza la sanción o protección con arreglo a las disposiciones legales.

En ese sentido, el juez es quien en últimas les da sentido a los preceptos normativos que para el efecto señala el legislador, es quien se encuentra en el último eslabón (pero no el menos importante) de la cadena de aplicación del Derecho. De ahí que se le exija siempre que sus decisiones se profieran de manera imparcial, y ajustadas a las disposiciones señaladas en la ley y en las demás fuentes del derecho.

Tan importante misión, demanda que las sentencias que este emita se alejen de cualquier clase de arbitrariedad. De ahí que se haya buscado en diferentes teorías la limitación de su discrecionalidad, a fin de evitar una extralimitación de sus funciones que recaiga en arbitrariedades y aplicaciones indebidas de la norma, que en nada tengan que ver con el sentido que ésta expresa.

La mejor forma de ello ha sido la creación de un ordenamiento jurídico integral, que no deje espacios demasiado amplios de interpretación al juez, sino que lo oriente lo mayor posible a una decisión en un solo sentido. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que existen las denominadas “zonas de penumbra”

que señala Hart, en las que la interpretación más allá de la norma, por parte del juez se hace imprescindible para administrar justicia, aun cuando la norma indique con claridad una regla o principio¹³⁰.

Ello se debe principalmente a que las relaciones sociales y los hechos que en éstas se presentan, trascienden en muchas ocasiones los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cada situación particular demanda de un juicio valorativo particular de la norma en cada caso concreto, con el propósito de evaluar todas las circunstancias que en esta concurren. Lo único posible para evitar que la discrecionalidad del juez se convierta en arbitrariedad es una argumentación jurídica.

Sobre este tema habla Juan Antonio García Amado en su libro “Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación”. A lo largo de este texto, el autor sostiene que la argumentación jurídica es una de las bases ineludibles para determinar que una decisión judicial sea acorde o no con el ordenamiento jurídico.

Como se indica en líneas anteriores, son los jueces los llamados a argumentar el porqué, como, cuando y en qué sentido se debe resolver un caso puesto a su raciocinio. Es por ello que su argumentación jurídica debe ser tal, que no deje dudas sobre la veracidad de sus argumentos, la calidad y pertinencia de los mismos, y más aún que estén acorde con lo que señala la norma para ese caso concreto.

El límite en las decisiones judiciales entre lo que se denomina la discrecionalidad y la arbitrariedad, está marcado por esta argumentación jurídica. Entra más justificada y argumentada (desde el punto de vista jurídico) sea la decisión, más lejos estará de ser arbitraria. Asimismo, el ejercicio de esta argumentación jurídica

¹³⁰ ADOLPHUS HART HERBERT LIONEL. “*Poscript*”. En: “*Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin*”. Bogotá D.C. Siglo del Hombre Editores.1994., p. 88.

implica, darle un margen de acción al juez, en lo que respecta a la interpretación de la norma.

La semántica de ésta (en especial las que señalan principios y derechos), demanda del juez el ejercicio de una discrecionalidad en el sentido que ésta tiene en cada caso concreto. En eso está de acuerdo García, al señalar que todos los jueces deben argumentar el uso de su discrecionalidad, a fin de que no se tome su decisión como arbitraria. Entonces se puede decir que la argumentación jurídica dentro de una sentencia es la que la califica como correcta o incorrecta, o como comúnmente se conoce ajustada o no ajustada a derecho.

Cuando se habla de que una decisión es conforme a derecho, se dice entonces que el margen de discrecionalidad que ha usado el juez es el adecuado en atención a la argumentación que realiza y la interpretación que de la norma hace. Ese tipo de decisiones es lo que se conoce como objetivas. Cuando el juez traspasa el límite de la discrecionalidad a la arbitrariedad, la interpretación que éste realiza es sesgada, y más atinente a la valoración subjetiva que realiza el juez, antes que a los hechos de cada caso concreto. García, al respecto señala con acierto que una decisión judicial es tanto más sospechosa de arbitrariedad, cuanto más defectuosa es la argumentación que la apoya¹³¹.

El cuestionamiento que aquí surge es ¿Cómo limitar entonces el buen uso de la discrecionalidad? Una discrecionalidad ajustada a los parámetros de acción del derecho puede ser considerada como tal, si la argumentación jurídica que la precede demuestra que el juez tiene un amplio conocimiento de la norma, una aplicación e interpretación correcta de la misma, la pertinencia de los argumentos

¹³¹ JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. “*Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*”. Bogotá D.C., Edición de la Universidad Libre de Colombia., 2017., p. 34.

y la admisibilidad de estos. Cuando alguna de estas condiciones falta se puede entender que existe una arbitrariedad.¹³²

El segundo cuestionamiento es ¿se puede prescindir o no de la discrecionalidad de los jueces? La teoría de la argumentación jurídica presenta posiciones encontradas ante esta cuestión. La escuela de la exegesis señala que la norma es plena y perfecta, y por ende no debe existir un margen alto de interpretación por parte del juez. Este solo debe remitirse a cumplir con su papel de ejecutor de la voluntad del legislador, que a su vez se expresa como voluntad del pueblo.

En atención a la perfección y congruencia de la norma, la discrecionalidad no es un elemento que deba existir en el rol que desempeñan los jueces. Estos deben ser guiados por el imperio y la teleología de la ley. La escuela del formalismo también comparte esta concepción, de que la discrecionalidad no existe en realidad en las decisiones judiciales, ya que el juez entiende el ordenamiento jurídico, no solo como un compendio de normas, sino como una pirámide cimentada en valores o axiomas que le complementan y que fungen como elementos de interpretación de esta norma.

García al respecto señala que el juez es quien interpreta en conjunto tanto el ordenamiento jurídico como los axiomas sobre los que se basa. Esta complementariedad es la que permite que el juez profiera una decisión racional, antes que discrecional o sometida solo a su buen juicio¹³³.

La corriente del realismo jurídico señala que la discrecionalidad del juez es casi que absoluta, principalmente porque la ley solo enuncia parámetros, pero es el juez quien los interpreta y decide, según su buen juicio. Por esa razón la

¹³² JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. *“Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación”*. cit., p. 34.

¹³³ JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. *“Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación”*., cit., p. 34

discrecionalidad judicial es la que orienta la materialización del derecho. Un punto medio frente a ello es el positivismo jurídico.

Hart como principal exponente indica que es aceptable el argumento de que la ley no es completa y por ende requiere de una interpretación por el juez, más no le es dado a éste confundir su discrecionalidad con la arbitrariedad. Es por ello que limita el uso de la discrecionalidad a lo que denomina como “zonas de penumbra”, en donde el texto de la ley no es claro o subsumible en el caso concreto y por ende la interpretación del juez es necesaria¹³⁴.

Es claro entonces que la interpretación y la discrecionalidad judicial son elementos que no pueden escapar al ejercicio que realizan los jueces. Cabe entonces preguntarse ¿bajo qué parámetros o métodos se puede presentar la discrecionalidad sin que sea arbitraria? García al respecto indica dos métodos de argumentación: la subsunción y la ponderación. La subsunción comprende la abstracción que hace el juez en cada caso concreto, entre lo que señala la norma y lo que indican los hechos. Con ello se evidencia si existe o no vulneración a una norma o si se está incumpliendo alguno de los parámetros contenidos en ella.

En el caso de la ponderación, se evalúa la colisión entre principios o derechos fundamentales en un caso determinado. El juez es el llamado a realizar dicha ponderación, y hace uso de la discrecionalidad en ella, en el sentido de que valora cada uno de los principios de acuerdo a lo que considera como más cercano a la constitucionalidad de los actos.

En ese sentido, la discrecionalidad tanto en el ejercicio de la subsunción como en el de la ponderación es inevitable. No debe confundirse este amplio margen de la acción del juez con una facultad arbitraria de decisión. Cabe recordarse que el límite más importante de cualquiera de estos dos métodos es que exista una argumentación jurídica que lo justifique. En el caso de la ponderación, la argumentación jurídica exige un mayor esfuerzo del juez, en la medida en que

¹³⁴ ADOLPHUS HART HERBERT LIONEL. “*Proscript*”, cit., p. 92.

analizar dos principios, reglas o derechos y escoger la interpretación que más se ajuste a los preceptos constitucionales.

La ponderación como método de solución a problemáticas jurídicas, ha presentado nuevos retos, en especial a los tribunales constitucionales. El caso que señala García del Derecho Penal y el Derecho Civil es claro al respecto. En el caso del Derecho Penal, la discrecionalidad del juez en la ponderación se presenta en los dos métodos tanto en el subsuntivo como el ponderativo.

En el caso subsuntivo, la discrecionalidad se limita a enmarcar dentro de un tipo penal un determinado comportamiento y asignar una pena de acuerdo a una argumentación jurídica y la interpretación que para el efecto realiza de la norma. La ponderación en estos casos ya ha sido realizada por el legislador al asignar a esa conducta una pena, que considera proporcional. En este caso, el margen de discrecionalidad es menor, ya que el ejercicio que realiza el juez es meramente enunciativo de lo que señala la norma. No implica un raciocinio entre dos derechos.

En el caso del método ponderativo, García señala que es deber de todo juez cuando se encuentra ante un ilícito penal, ponderar además de los eximentes de responsabilidad, la colisión de derechos cuando existan en cada caso. A colación, trae el autor, un caso de violación al derecho a la honra y la libertad de expresión en el caso de las injurias, bajo las interpretaciones que actualmente realiza el tribunal español constitucional. Argumenta que aun cuando es cierta la presencia de una extralimitación del derecho a la libertad de expresión que vulnera el derecho a la honra de otra persona, es deber del juez analizar las especiales circunstancias en las que se presenta dicho hecho, y si se encuentra justificado o no en atención a un juicio de proporcionalidad.

Un análisis como el propuesto por el tribunal constitucional, deja entrever el amplio margen de discrecionalidad que puede tener el juez, que incluso raya con la arbitrariedad. No es concebible que el juez en atención a una ponderación o a un

juicio de proporcionalidad pueda desligarse de principios tan importantes como el de legalidad, o más aún que se justifique lo que parece injustificable como es el caso de una afectación a un bien jurídico como la honra, basado en un argumento de colisión de principios.

Ello claramente desbordaría la división de poderes, y degeneraría en una forma de desconocimiento de las reglas y principios que componen el ordenamiento jurídico. Piénsese en el derecho a la víctima de imputaciones deshonrosas, que se ve totalmente desprotegida por una interpretación discrecional de un juez, desconociéndose su derecho a una reparación, o por lo menos una rectificación. García con acierto, señala lo siguiente:

“En casos así, la ponderación es un magnifico expediente para que los tribunales decidan como quieran, sin la atadura de la ley, y para que puedan justificar su libérrimo criterio no solo con enorme facilidad, sino de modo retóricamente sugestivo: no necesitan enterar en detalles técnico – dogmáticos, y, además, quedan como excelsos protectores de los derechos fundamentales”¹³⁵.

La ponderación de lo imponderable denota un exceso en la discrecionalidad del juez. Sumado a ello, está el argumento de que la ponderación no es un método que limite realmente la discrecionalidad, ya que el resultado del ejercicio de un juicio de proporcionalidad, en esencia comprende una interpretación con convicciones propias del juez. Si bien es cierto, la jurisprudencia constitucional en el caso colombiano ha hecho esfuerzos para determinar con claridad cómo debe hacerse un juicio de proporcionalidad, también lo es que la interpretación que de estas reglas realice el juez en cada caso concreto, depende de lo que el considere como idóneo, necesario y razonable.

El único límite posible que se puede pensar como procedente en este caso, es la argumentación jurídica que realiza el juez. Hasta tanto no se conozca con certeza

¹³⁵ JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. “*Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*”. cit, p. 158.

cuál fue su juicio de valor, no podemos saber la argumentación que realiza frente a los subprincipios del juicio de proporcionalidad. Aun así, subsisten elementos que aun cuando cuenta con una argumentación jurídica, puedan ser discrecionales.

Piénsese, por ejemplo, en el elemento de la necesidad. Lo que para un juez puede ser congruente con la necesidad de una medida en específico que restrinja un derecho, para otro puede existir otra menos lesiva o invasiva del derecho en colisión. Pueden existir tantas interpretaciones de los elementos del juicio de proporcionalidad como jueces en todas las jurisdicciones ordinarias y constitucionales.

Entonces podría decirse que el método subsuntivo – interpretativo es más acorde que el ponderativo en materia de discrecionalidad judicial, en la medida en que este deja un margen menor de interpretación al juez. Este solo debe limitarse a realizar un análisis de los hechos y su adecuación con la norma (aunque es claro que el simple hecho de interpretar supone discrecionalidad).

Adicional al juicio de proporcionalidad, existen las excepciones legales implícitas que señala García. Estas comprenden aquellos condicionamientos de aplicabilidad de la norma, que se presentan en cada caso particular. A manera de ejemplo, el autor señala como prohibición general que un vehículo ingrese en un parque, y como excepción implícita que, en el caso de una emergencia médica, se permita el ingreso de dicho vehículo para salvar la vida de alguien.

Estas también se erigen como derroteros de la limitación de la discrecionalidad del juez. Cualquiera de estos, en cada caso particular, puede señalar la existencia de una excepción implícita de la norma, según su criterio. En el mejor de los casos, la excepción implícita se avalaría si en verdad tiene vocación de protección de un derecho. Pero en caso contrario, la evocación de una excepción implícita es una forma de arbitrariedad que se esconde tras el margen de discrecionalidad que le es permitido al juez. Nuevamente se señala que la única forma posible entonces

de limitar o por lo menos evaluar un correcto uso de la discrecionalidad judicial es el peso que tenga en cada caso particular la argumentación jurídica a la que acude el juez¹³⁶.

De lo anterior, es claro que, para el caso de las decisiones judiciales, la discrecionalidad del juez es un elemento del que no se puede prescindir. Hasta tanto la norma no abarque todas las posibilidades que se pueden presentar en la realidad (lo cual se considera imposible), no podemos hablar de una interpretación desprovista de un criterio subjetivo del juez.

Lo que si queda claro y se hace necesario es que la discrecionalidad debe limitarse, en aras de no caer en arbitrariedades. Como se señala en estas líneas, la única forma coherente de lograr ello es mediante la argumentación jurídica que realiza el juez, y un juicio valorativo de su solidez, pertinencia y congruencia con la norma. Es entonces deber del juez ser consciente de que su facultad discrecional no es en sí un derrotero para que introduzca criterios subjetivos, sino un margen de acción que le permite buscar siempre la justicia antes que cualquier otra cosa. Debe entonces tener una claridad suficiente del camino que debe discurrir y no dejarse tentar por juicios valorativos por fuera de lo que señala el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como se indicó a norma busca o pretende ser lo más completa de forma que su contenido pueda ser interpretado de una sola manera por el operador jurídico. Aun con ello, la nueva construcción de la jurisprudencia constitucional a partir de 1991 ha dejado en claro que existe una diferencia muy marcada entre lo que se entiende por norma y por enunciado normativo. Sánchez al respecto, indica que “(...) el contenido normativo es la interpretación de orden

¹³⁶ JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. *“Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación”*, cit., p. 138

restrictivo que realiza el operador jurídico, en donde a una norma se le atribuye un determinado significado o posición”¹³⁷

De suerte que la norma es el elemento objetivo, entretanto el enunciado normativo es la interpretación que se da de ésta, en un contexto específico. De una manera más clara lo exponen los magistrados Martínez Caballero y Cifuentes Muñoz en el salvamento de voto de la sentencia C – 543 de 1996, al señalar lo siguiente:

“En general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que la teoría jurídica, y en particular la teoría constitucional, distingue con claridad entre, de una parte, los enunciados normativos, esto es, los textos legales y, de otra parte, las normas o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas o proposiciones normativas son el resultado de las mismas”¹³⁸

En esa medida, la determinación o interpretación que realiza la Corte Constitucional y cualquier otro operador jurídico atiende a la necesidad de precisión de lo consignado en la legislación, en especial cuando su semántica puede tener varias interpretaciones. De esta forma, existe siempre un nivel de discrecionalidad en cabeza de los operadores jurídicos, en tanto deben subsumir en cada presupuesto legal el sentido que tiene la norma. Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C – 426 de 2002, a saber:

“El hecho de que un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus

¹³⁷ ABRAHAM SÁNCHEZ SÁNCHEZ. “*Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en la jurisprudencia en Colombia*”. Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Ibáñez., 2004., p. 58.

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. “*Sentencia C – 543 de 1996*”. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables, y desconocer los mandatos superiores”.¹³⁹

De acuerdo a ello, se puede decir entonces que existe una distinción entre enunciado y norma. Se puede entender por disposición como la suma de enunciados lingüísticos que hacen referencia a un fenómeno jurídico, mientras que la norma es el significado jurídico de estos presupuestos, a partir del ejercicio hermenéutico que realiza el operador jurídico.

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado que “(...) es ilustrativa la distinción, cultivada por la jurisprudencia y la doctrina, entre *disposición*, como suma de enunciados lingüísticos, y *norma*, entendida como significado jurídico de aquella, esto es, como resultado del ejercicio hermenéutico”¹⁴⁰. Así mismo lo considera Cocarico al señalar que por norma jurídica se entiende el “(...) resultado obtenido del significado otorgado a las disposiciones a través de su interpretación”¹⁴¹ mientras que por disposición normativa se entiende como

“(...) enunciados o expresiones lingüísticas gramaticalmente completas (...) por estar contenida en un documento normativo perteneciente a una de las categorías de las fuentes del Derecho y, al mismo tiempo, que el tipo de fuente de que se

¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. “*Sentencia C – 426 de 2002*”. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. “*Sentencia C – 820 de 2006*”. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴¹ EDWIN SANTIAGO COCARICO LUCAS. “*La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*”. Revista Ciencia y Cultura. Número 35.2015, p. 59.

trate determina el régimen jurídico de las normas que de la interpretación de sus disposiciones se obtenga”.¹⁴²

Queda entonces claro, que la norma es producto de la interpretación de un enunciado normativo, realizado por el intérprete en cumplimiento de su función como aplicador del Derecho. De esta forma todo enunciado normativo, conduce a una norma. Al respecto Cocarico indica que los artículos de un texto normativo pueden estar compuestos por diversos enunciados normativos, los cuales forman normas producto de su interpretación¹⁴³.

En ese mismo sentido lo expresa Cocarico al señalar que “(...) ni siquiera el significado prima facie de la interpretación literal de la disposición puede constituir o limitarse en la expresión de una sola norma; esto porque casi siempre cabe lugar para la duda interpretativa”¹⁴⁴. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la norma es en sí producto de la interpretación es necesario entonces saber si esta interpretación puede ser constructiva o remitirse solo a la asignación de significado de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

De otro lado La interpretación en el escenario jurídico, significa atribuir un sentido a una disposición normativa. En ese sentido lo considera Tarello al decir que “(...) el término de interpretación se puede referir a varios fenómenos. De un lado se

¹⁴² EDWIN SANTIAGO COCARICO LUCAS. “*La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*”, cit p. 60.

¹⁴³ EDWIN SANTIAGO COCARICO LUCAS. “*La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*”, cit., p. 60.

¹⁴⁴ EDWIN SANTIAGO COCARICO LUCAS. “*La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*”, cit, p. 63.

puede hablar de interpretación como una actividad o proceso y de otro, como el resultado de dicho proceso”¹⁴⁵

Esta interpretación puede ser de dos tipos: abstracta y concreta. Cuando se habla de una interpretación abstracta se hace referencia a identificar el contenido o sentido de un enunciado normativo, es decir a la norma que se consagra en éste, que proviene de un texto normativo, sin que exista aplicación en un caso en concreto.

De otro lado, existe la interpretación en concreto, que significa la subsunción de un enunciado normativo y su norma, en un caso concreto. En esa medida, la interpretación en abstracto resuelve problemas de orden semántico, de fijación de principios y axiomas jurídicos, y de creación de normas, entretanto que la interpretación en concreto resuelve puntualmente la aplicación de la norma en un contexto específico, es decir, en unos presupuestos fácticos que se ponen de presente al juzgador, con el objeto de que tome una decisión en derecho.

De acuerdo con Guastini “(...) la interpretación en abstracto es asimilable a la traducción. La interpretación “en concreto” no es otra cosa, banalmente, que la decisión sobre la extensión de un concepto (del concepto mediante el cual la autoridad normativa ha configurado una clase de casos)”¹⁴⁶. Estos dos tipos de interpretación tienen una naturaleza en común, que no es otra, que la de precisar los enunciados normativos, en un sistema jurídico que surge de la indeterminación del sistema jurídico.

De esta manera, la interpretación cumple con la función de determinación del sentido o significado de los enunciados normativos, tanto es su alcance abstracto como concreto. Ahora bien, dentro de la naturaleza de la interpretación, también

¹⁴⁵ GIOVANNY TARELLO. “*Orientamenti analítico – linguistici e teoría dell’interpretazione giuridica*”. En: Uberto, S. *Diritto e analisi del linguaggio*. Edición di Comunita. Milán., 1976.

¹⁴⁶ RICCARDO GUSTANI. “*Interpretación y construcción jurídica*”. Revista Isonomía. Número 43. 2015., p. 15.

existe una segunda clasificación, esto es, la interpretación de orden cognitivo y la interpretación decisoria. La interpretación cognitiva consiste en identificar, en un texto normativo, los diversos posibles significados que puede tener un enunciado normativo, mientras que, la interpretación decisoria hace relación a la escogencia de un significado determinado, considerando este como el correcto, entre los otros significados posibles.

De acuerdo con ello, la interpretación cognitiva hace relación a un acto de conocimiento, mientras que la interpretación decisoria, es un acto de voluntad, y por tanto es discrecional del juez. Ahora bien, dentro de esta interpretación decisoria, puede existir a su vez dos tipos: la interpretación decisoria estándar y la interpretación creativa. De acuerdo con Guastani estas dos interpretaciones se manifiestan de la siguiente manera:

“(ii.a) a veces – interpretación decisoria estándar – la decisión interpretativa consiste en escoger un significado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva.

(ii.b) otras veces – interpretación creativa – la decisión interpretativa consiste en atribuir a un texto un significado “nuevo”, no comprendido entre aquellos identificables mediante interpretación cognitiva”.¹⁴⁷

En la mayoría de los casos, la interpretación creativa se hace necesaria, para establecer normas implícitas en los enunciados normativos, sin que ello implique salirse de dicho enunciado. Cuando el operador va más allá del enunciado normativo, haciendo uso de medios de lógica jurídica o de analogía, se dice que la interpretación creativa, pasa a ser una construcción jurídica. De acuerdo con Guastani esta construcción jurídica puede darse de cuatro formas “(i) construcción de lagunas (normativas y axiológicas), (ii) construcción de jerarquías axiológicas;

¹⁴⁷ RICCARDO GUSTANI. “*Interpretación y construcción jurídica*”. cit., p. 18.

(iii) construcción de excepciones implícitas; y, sobre todo, (iv) construcción de normas implícitas”¹⁴⁸

Esta construcción jurídica ha sido avalada por la doctrina en los casos donde existe ambigüedad de la ley, o cuando el texto de la norma es demasiado amplio o sujeto a diversas formas de interpretación. También es aceptado cuando el enunciado normativo implica un grado alto de complejidad, que amerita que el juzgador establezca cual es el verdadero sentido de la norma y su alcance. Al efecto Guastani a manera de ejemplo, señala el siguiente supuesto:

“El artículo 32 de la constitución española dispone: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. No cabe duda de que cada hombre y cada mujer tienen el derecho de contraer matrimonio el uno con la otra (N1); pero ¿esa disposición expresa también la norma (N2) según la cual cada hombre y cada mujer tienen derecho a contraer matrimonio con cualquiera (es decir también con personas del mismo sexo)?”¹⁴⁹.

De esta manera la interpretación se hace necesaria cuando los enunciados normativos expresan dos o más normas conjuntamente, cuando las normas presentan ambigüedades o cuando las nuevas dinámicas sociales ameritan una ampliación de determinado enunciado normativo, mediante la construcción normativa, siempre que estos nazcan de un enunciado normativo y no del mero arbitrio del juzgador.

Estas interpretaciones son fruto de la aplicación de varias técnicas a las que acude el operador jurídico, todas estas orientadas a determinar cuál fue la intención del legislador al momento de proferir el enunciado normativo o lo que otros autores consideran como la teleología de la ley y la evolución de las dinámicas sociales, en atención a criterio de razonabilidad o, a llenar alguna laguna normativa o axiológica.

¹⁴⁸ RICCARDO GUSTANI. “*Interpretación y construcción jurídica*”. cit., p. 20.

¹⁴⁹ RICCARDO GUSTANI. “*Interpretación y construcción jurídica*”, cit., p. 22.

En algunos casos, el operador jurídico procede dentro de su interpretación a construir norma jurídica, cuando considera que fue regulado de manera defectuosa (laguna axiológica) o cuando existe en su consideración ausencia de enunciado normativo para ese supuesto fáctico (lagunas normativas). En el caso de las lagunas axiológicas estas se presentan cuando el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión, debiendo haberla considerado. De acuerdo con Guastani este tipo de lagunas se presentan cuando “(...) no es un caso sin regulación, sino más bien un caso con una mala regulación”¹⁵⁰

Es en estos casos, donde se presenta una construcción de normas implícitas. La construcción jurídica de los jueces que crean normas parte de enunciados normativos que no han sido formulados por la autoridad normativa previamente ni se derivan de ningún enunciado normativo. En estos casos los intérpretes judiciales realizan actividades legislativas, acudiendo a la razonabilidad y a la argumentación jurídica para justificar ello. De acuerdo a lo anterior, es claro que es plausible que el juzgador cree normas, en el entendido de que le asigne un significado a un enunciado normativo, más ello no implica que ante la ausencia de un enunciado normativo se avoque la función de legislador, o que, existiendo un enunciado normativo claro, lo desconozca, en razón a su interpretación, construyendo de forma subjetiva y arbitraria un enunciado normativo que desconoce la división de poderes.

Hart y Kelsen indican que el ordenamiento jurídico al ser de orden positivo debe prever la respuesta a cada supuesto fáctico que se presente en la sociedad, de suerte que la interpretación que se da de éstos debe ser limitada. Esta posición, es conocida como la teoría del Positivismo Jurídico, cuyo principal exponente es H.L.A Hart en su obra “El concepto de Derecho”.

Esta teoría indica que debe existir una obediencia los requerimientos que se derivan de las reglas y demás estándares señalados por el ordenamiento jurídico,

¹⁵⁰ RICCARDO GUSTANI. “*Interpretación y construcción jurídica*”, cit., p. 33.

sea cual sea su contenido. De acuerdo con Pérez son cuatro los elementos que componen el positivismo jurídico, a saber:

“(…) a) el derecho positivo es la voluntad del Estado o del soberano; b) la fuente genuina del derecho es la legislación y la costumbre o la jurisprudencia son fuentes secundarias; c) todo ordenamiento jurídico es un todo coherente, unitario y pleno; y d) los jueces no tienen otra función que decidir, a partir de las reglas del derecho positivo, la solución de los casos concreto. Para tales fines los jueces no necesitan recurrir a pautas o reglas que no forme parte del ordenamiento jurídico, pues todo caso puede y debe resolverse mediante la aplicación de pautas y reglas del ordenamiento jurídico”¹⁵¹ (p.3)

Hart se considera positivista, en tanto señala que es la ley quien debe determinar la solución a los conflictos sociales, aunque se aparta de una interpretación netamente exegética, siendo entonces el operador jurídico un mero aplicador. Por el contrario, indica que es necesario un cierto grado de discrecionalidad en cabeza del juez, en relación con las zonas de penumbra en que se requiere de un análisis más profundo del enunciado normativo, aunque reconoce que dicha discrecionalidad debe ser claramente delimitada y reglada.

Esta concepción del positivismo de Hart, parte de la premisa de que el derecho es un sistema de reglas que proviene aquellas impuestas socialmente y aceptadas como tales por los ciudadanos, que se dividen en reglas primarias, que denomina reglas de obligación social y reglas secundarias, dentro de las que se encuentran las reglas de reconocimiento (cuales son las reglas y donde se encuentran consagradas), las reglas de cambio (como de aplicarse una regla que ha transcendido en el tiempo o la adopción de nuevas), las reglas de adjudicación (potestad judicial de determinar si se ha transgredido o no una regla primaria o secundaria).

¹⁵¹ MARIA DOLORES PEREZ JARABA. “*Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A Hart*”. Revista de Estudios Jurídicos. Número 10. 2010., p. 3.

Ahora bien, para Hart el esquema del positivismo jurídico permite la discrecionalidad judicial, cuando se trata de normas que son de difícil aplicación en determinados casos o se hace indeterminada en razón a su falta de concreción. Solo en esos casos, Hart considera que debe hacerse una interpretación más amplia del ordenamiento jurídico a fin de que este tenga aplicación en cada caso concreto, bajo la premisa que del ordenamiento jurídico y la actividad judicial debe darse respuesta a cualquier escenario de conflicto que tenga incidencia futura. En palabras de Hart:

“Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir casos centrales claros; a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esta da a todas las reglas un galo de vaguedad”¹⁵².

Se entiende que existe un caso claro donde el juzgador debe aplicar la norma como esta consignada en la ley, cuando existe un acuerdo general de aplicabilidad de la norma en casos similares, es decir, que la subsunción de los presupuestos fácticos, en el enunciado normativo no representa mayor problema para el operador, ni existe duda o equivoco en la norma que amerite mayor argumentación jurídica del juez. Por su parte los casos de penumbra o difíciles, es donde el operador jurídico debe acudir a su discrecionalidad judicial a fin de adoptar la norma que considere más apropiada según los hechos que conoce.

En estos casos, Hart ha indicado que el operador aun cuando cuenta con un margen de discrecionalidad, debe optar en la medida de lo posible, por ir hasta los cimientos propios del ordenamiento jurídico para dar solución al problema, antes que crear normas. Para ello debe primero acudir a los principios, axiomas,

¹⁵² MARIA DOLORES PEREZ JARABA. “*Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A Hart*”. Cit., p. 11.

presupuestos primarios del Derecho para poder dar solución al problema jurídico, de forma que no se vea abocado a usurpar la labor del legislador. Si bien es cierto, Hart reconoce que no existe una única solución correcta para cada caso difícil, es deber del operador jurídico en uso de su discrecionalidad, acudir a la que más convenga y encuentre una argumentación jurídica aceptable y concordante con el ordenamiento jurídico.

Esta posición de Hart es la que debate Dworkin. Dworkin a diferencia de Hart considera que el ordenamiento jurídico además de reglas tiene principios generales, que orientan la solución jurídica en las zonas de penumbra, haciendo innecesaria la discrecionalidad judicial. Al respecto de este debate Pérez indica lo siguiente:

“(…) dos son las críticas fundamentales de Ronald Dworkin a la obra de Hart. Primera, la crítica a entender el derecho solamente como un complejo de reglas, sin atender a otras pautas jurídicas presentes en el derecho que no son reglas sino principios; segunda, la crítica de Dworkin sobre la idea de Hart respecto del razonamiento judicial en los casos difíciles, es decir, la admisión por parte de Hart de una textura abierta del derecho que permite la “discrecionalidad judicial”, posición que también critica Dworkin porque es propia de una idea del derecho tan solo constituida por reglas, mientras que si se ve el derecho compuesto también por principios, entiende Dworkin, que no habría lugar para discrecionalidad judicial alguna, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio jurídico para aplicar”¹⁵³

De acuerdo con Dworkin la teoría positivista que propone Hart carece de validez en tanto considera que el ordenamiento jurídico solo está compuesto por reglas, y deja de lado el concepto material que da lugar a las mismas, esto es los principios fundantes. En esa medida, indica que el sistema de reglas es insuficiente para abordar todo lo que hace parte del ordenamiento jurídico, en tanto, no permite encajar principios en un sistema donde se toma un criterio netamente formalista

¹⁵³ MARIA DOLORES PEREZ JARABA. “*Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A Hart*”, cit., p. 13.

de creación de leyes y obligatoriedad de las mismas. Así las cosas, Dworkin considera que el derecho se crea también a partir de principios, y estos, solo pueden ser producto de un análisis de presupuestos materiales, en cada caso particular, y no bajo un sistema de reglas.

Ahora bien, esta crítica que presenta Dworkin va también dirigida a la discrecionalidad judicial. De acuerdo con Hart, la discrecionalidad judicial es necesaria en los casos donde se presentan dificultades aplicación de los enunciados normativos, y, por tanto, es deber del juez escoger una respuesta dentro de las posibles que se encuentren por vía de interpretación judicial. Dworkin al respecto indica que una discrecionalidad de ese tipo es carente de cualquier limitación y por tanto subjetiva. En palabras de Dworkin:

“Cuando un caso no está claramente cubierto por una regla (porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir (...). Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, (...) lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente”¹⁵⁴

De acuerdo a lo anterior, Dworkin propone que todas las reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico tienen como asidero un principio general, y por lo tanto el derecho no está compuesto solo de reglas. En razón a ello, el juez que se encuentre ante un caso difícil o una zona de penumbra debe acudir a los principios del Derecho, y no a la creación de una norma con aplicación retroactiva, en tanto puede encontrar en el sistema de fuentes y los principios, una respuesta acertada al problema jurídico planteado. Al respecto Calsamiglia indica lo siguiente:

“El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando

¹⁵⁴ RONALD DWORKIN. “*Los derechos en serio*”. Barcelona. Editorial Ariel. 1995., p. 65.

existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: a) cualquier norma se fundamenta en un principio; b) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudoreglas”¹⁵⁵

A partir de los planteamientos de Dworkin la discrecionalidad judicial no debe presentarse por dos razones: i) el juez no puede convertirse en legislador, toda vez que la división de poderes le asigna dicha competencia a otra autoridad, ii) el juez no puede crear ley y aplicarla de manera retroactiva, es decir la creación de una norma judicial bajo ninguna circunstancia puede aplicarse a un caso precedente. Para solucionar ello, Dworkin plantea la tesis de que en el ordenamiento jurídico existe una única respuesta correcta.

De acuerdo con Prieto Dworkin plantea que el juez cuando no encuentra dentro del ordenamiento jurídico un enunciado a aplicar no debe acudir a la creación de norma, por el contrario, debe aplicar los principios que dan origen a los enunciados normativos, es decir, su deber se circunscribe a indagar cual principio podría ser aplicable ante la ausencia de enunciado normativo en el que los presupuestos fácticos puedan ser subsumidos¹⁵⁶.

El juez no debe tener discrecionalidad, más si se tiene en cuenta la separación de poderes, y el principio general que indica que el juez está subordinado a la ley y al Derecho. A partir de ello, Dworkin cree que el juez está en la posibilidad de buscar una única respuesta correcta para cada caso a partir del sistema de reglas y principios. Este juez que está en capacidad de hallar esta única respuesta es lo que Dworkin considera como el juez Hércules.

¹⁵⁵ ALBERTO CALSAMIGLIA. “*Ensayo sobre Dworkin, prólogo a la edición española de la obra de Dworkin Los derechos en serio*”. Barcelona. Editorial Ariel. 1984., p. 14.

¹⁵⁶ LUIS PRIETO SANCHIZ. “*Cuatro preguntas a propósito de Dworkin*”, Revista de Ciencias Sociales. Número 38. 1993., p 69.

Algunos doctrinantes como Prieto indican que la única respuesta posible en el ordenamiento jurídico es poco probable, en especial en un mundo cambiante y que exige una evolución constante de la aplicación de la norma. Aun con ello indica que la teoría de Dworkin debe ser modulada, y entenderse como la limitación de la discrecionalidad del juez a que aplique en sus fallos las reglas y principios del Derecho, y evite a toda costa la generación de fallos “ad hoc” o puramente ocasionales y sin justificación en principio o regla alguna¹⁵⁷.

La tesis de la única respuesta es la teoría que se considera como el ideal de la actuación judicial. Si el juez realmente se encuentra en la capacidad de encontrar una única respuesta a todos los casos, entonces dicha respuesta, no tendría por qué ser objeto de controversia alguna. A estas objeciones, Hart le da respuesta indicando que la teoría de los principios propuesta por Dworkin no encuentra objeción alguna, ya que estos se pueden determinar mediante una regla de reconocimiento.

En relación con la discrecionalidad judicial, Hart se mantiene en que ella es necesaria en los casos donde existe penumbra o son de difícil resolución, más aclara que esta discrecionalidad lejos de ser ilimitada se debe ajustar al presupuesto de argumentación jurídica que la hagan plausible y por ende justa. Al respecto indica lo siguiente:

“(El juez) no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho”¹⁵⁸

De acuerdo a este planteamiento Hart indica que la postura del juez Hércules de Dworkin haría innecesaria la figura del legislador, en tanto el juez podría valerse

¹⁵⁷ LUIS PRIETO SANCHIZ. “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, cit., p. 69.

¹⁵⁸ ADOLPHUS HART HERBERT LIONEL. “Poscript”, cit., p. 137.

de principios para resolver problemas jurídicos, sin necesidad de actualizar los enunciados normativos. En palabras de Hart:

“(…) si para todos los casos pudiera hallarse en el Derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo o prioridades a los principios rivales de orden inferior, el momento de la creación jurídica del Derecho no sería solamente diferido sino eliminado”¹⁵⁹.

Ahora bien, en los casos donde existe un vacío normativo, Hart considera que la discrecionalidad es necesaria, no porque exista una facultad legislativa en el juez, sino porque la norma es incompleta e indeterminada, y por ende requiere que el operador la complete y la haga aplicable. Así las cosas, aun cuando es cierto que el juez puede tener algún grado de discrecionalidad, este no debe remitirse a la creación o construcción normativa, sino meramente a la ampliación de lo consignado en los enunciados normativos, de conformidad con los principios generales del derecho y de los que emanen de la Constitución. El límite más importante de esto es el principio de legalidad consagrado por el legislador en la Ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

“Artículo 6. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia”¹⁶⁰

Ordúz lo define de la siguiente manera:

¹⁵⁹ ADOLPHUS HART HERBERT LIONEL. “*Proscript*”, p. 137.

¹⁶⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Cit LEY 906 DE 2004., art. 6.

“Legalidad (De legal.) Se define como: ordenamiento jurídico vigente, y exige unirse al calificativo de principio y extenderse a la vinculación positiva que se tiene con el Estado y que obliga que todos los actos y disposiciones se ajusten a derecho, pues la norma a más de ser garantista, condiciona y determina de manera positiva las consecuencias a las afectaciones de bienes jurídicos protegidos por el legislador.

Bajo este tenor, ha de entenderse el principio de legalidad como el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho”.¹⁶¹

El postulado que consagra el principio de legalidad demanda que la legislación penal debe ser inequívoca, para que, de esta manera, los operadores jurídicos que deben interpretarla y aplicarla, conozcan con certeza el delito que se imputa existe y la sanción que amerita, para que de esa manera se limite la arbitrariedad y subjetividad del juez al momento de la determinación de la existencia de responsabilidad penal

Esto es lo que identifica Vidales como la garantía del principio de la taxatividad de la ley penal, que indefectiblemente debe limitar la interpretación y aplicación de las normas penales¹⁶². En razón a esto, les esta vedado a los jueces la interpretación y aplicación de normas penales, mediante la creación jurisprudencial de delitos y penas, y con ello la concreción del riesgo de arbitrariedad o incluso de lesión del principio de legalidad e incluso de la igualdad ante la ley. Este principio es de tal importancia, que su desconocimiento, indefectiblemente originaría un desconocimiento flagrante de la ley, con las consecuencias jurídicas que ello desencadena. Al respecto Orduz indica que

¹⁶¹ CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO. “*El principio de legalidad en la ley penal colombiana*”. Revista Criterio Jurídico Garantista. Número 2. Volumen 2. 2010. P. 102.

¹⁶² CATY VIDALES RODRIGUEZ. “*La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*”. Barcelona. Editorial Tirant to Blanch. 2001., p. 82.

“(…) no puede desconocerse la trascendental importancia de este principio, “la legalidad”, en la ley penal colombiana, pues su desconocimiento en cualquiera de las etapas procesales: indagación, investigación o juzgamiento conlleva que lo actuado sea ilegal, y que en consecuencia se pueda incoar la nulidad de lo actuado”.¹⁶³

En esa medida, tanto las etapas previas del proceso penal ejercidas y dirigidas por el juez de control de garantías, como el juicio oral del resorte del juez de conocimiento, inclusive su fallo debe siempre realizarse en concordancia con el principio de legalidad, pues de no ser así, ello conllevaría a una actuación ilegítima que daría como resultado una nulidad en el proceso, por desconocerse lo reglado por la legislación penal. Al efecto, en sentencia T – 406 de 1992 indica que los principios, en especial el de legalidad, de raigambre constitucional establece una prescripción de orden jurídico, que implica una delimitación jurídica que restringe el alcance de la interpretación del juez, y lo conmina a agotar las etapas procesales de conformidad como lo indica el legislador, con el fin de garantizar el debido proceso¹⁶⁴.

Así las cosas, el principio de legalidad, busca garantizar a los ciudadanos implicados en un proceso penal que bajo ninguna circunstancia se podrá castigar un delito que no cuenten con una pena previamente definida en la ley, o que estando previamente definido el delito este no cuente con sanción de pena. Ahora bien, este principio surge por la necesidad de limitar las actuaciones soberanas del Estado, mediante la ley, de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos. Al efecto la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadanos”, que al tenor de su artículo 6º indica lo siguiente:

¹⁶³ CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO. *“El principio de legalidad en la ley penal colombiana”*. cit., p. 100

¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *“Sentencia T – 406 de 1992”*. M.P. Ciro Angarita Pabón.

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”¹⁶⁵.

La legislación refleja la voluntad soberana del pueblo, y la finalidad del principio de legalidad, no es otra garantizar que las instancias estatales cumplan lo consignado en la ley como manifestación soberana del pueblo, más si se tiene en cuenta que son los ciudadanos los que definen sus derechos y obligaciones. Ahora bien, en el ámbito penal el principio de legalidad limita la actuación del ente acusador y de los jueces que desarrollan el proceso penal, en pro de garantizar los derechos fundamentales del procesado. Al efecto Orduz indica que la esencia del principio de legalidad en el ámbito penal es el siguiente:

“Se debe entender entonces que el principio de legalidad, implica que la ley debe definir de manera precisa y clara el acto, el hecho y/o la omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la infracción realizada, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad que debe adelantar el proceso, quien debe emitir sentencia, que recursos proceden, ante que autoridades, etc., pues de no indicarse de manera expresa y diáfana quien comete el delito, como, cuando, en contra de que bien jurídico protegido, cual es la autoridad competente, las penas, entre otras, se dejaría al arbitrio de la autoridad que conozca del caso estos factores, afectándose derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, como el debido proceso”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES. “*Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadanos*”. Artículo 6. Recuperado de: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

¹⁶⁶ CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO. “*El principio de legalidad en la ley penal colombiana*”. cit. 104.

Ello se hace necesario, para dar cumplimiento al principio del debido proceso, que en el artículo 29 constitucional, señala que “(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”¹⁶⁷

Para la Corte Suprema de Justicia existen 4 rasgos que implica el principio de legalidad, en el proceso penal: (i) que la legislación en materia penal debe ser jerárquica y objeto de desarrollo por parte del legislador, (ii) la adopción de esta legislación debe ser previa a la comisión del punible, (iii) al momento de cometerse el punible, debe estar vigente la legislación en la que se consagra el delito, (iv) no puede el operador jurídico dar aplicación a otra norma de forma analógica en materia penal, cuando esta es incierta o ambigua, excepto cuando dicha interpretación sea en favor del procesado.¹⁶⁸

De acuerdo a lo anterior, es claro que el principio de legalidad es un requisito ineludible para dar cabal cumplimiento al principio del debido proceso. Al igual que el procedimiento penal, la ley sustancial define el principio de legalidad así:

“Artículo 6. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o favorable. Ello también rige para los condenados.

¹⁶⁷ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. “*Constitución Política de 1991*”. Cit., Artículo 29.

¹⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. “*Sentencia del 13 de julio de 2006*”. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Rad: 15

La analogía solo se aplicará en materias permisivas”.¹⁶⁹

El mismo Roxin haciendo referencia en su obra “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”, indica que la dogmática penal, junto con la política criminal, permite la creación de un sistema que se articule con los fines de la pena. En sus palabras indica que “(...) por un específico criterio jurídico penal de sistematización: los fundamentos político – criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”¹⁷⁰. Si esto se articula con el principio de legalidad, se podría decir que el hecho de que el legislador hubiese establecido el delito de cohecho sin ningún tipo de consideración interpretativa en relación con la cuantía pretende que cualquier tipo de conducta que encaje en este tipo de delitos, tenga su respectiva sanción.

El hecho de poner en peligro o crear una situación de afectación del bien jurídico de la administración de justicia implica de acuerdo con Roxin una misma categoría jurídica, esto es la creación de una situación de pretender o de crear una situación riesgosa. Así las cosas, el mero hecho de ofrecer una dádiva por obviar funciones propias de un cargo público es suficiente para determinar la existencia de la necesidad de la pena¹⁷¹

Ello refuerza la obligatoriedad que tiene el juez de acatar lo indicado por el legislador respecto de la vinculatoriedad que tiene la investigación o sanción de cualquier modalidad del delito de cohecho sin importar su cuantía, como pasará a analizarse desde un estudio de derecho comparado con la legislación española.

3.3 La consagración del delito de cohecho en la legislación colombiana y española.

La relación entre el delito de cohecho y los actos de corrupción son estrechas, podría decirse al respecto que el delito de cohecho es una forma de corrupción.

¹⁶⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “*Ley 599 de 2000*”. Artículo 6.

¹⁷⁰ CLAUS ROXIN. “*Política criminal y sistema de Derecho penal*”. Traducido por Francisco Muñoz Conde. Barcelona. Editorial Barcelona. 1972., p. 113.

¹⁷¹ CLAUS ROXIN. “*Problemas básicos del derecho penal*”. Traducción de Diego Manuel Luzón – Peña. Madrid. Editorial Reus. 1976, p. 134.

En el caso español el Tribunal Supremo así lo ha considerado. Lombana citando unas sentencias del tribunal indica ello, a saber:

“En el plano jurisprudencial, tiene declarado esta Sala que cohecho «es la corrupción de un funcionario público realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes el ejercicio de su cargo» (ver S. 29 abril 1947 [RJ 1947\556]); y que la única nota compartida por todos los tipos de cohecho no es otra que la idea de corrupción, pues fuera de ella los demás rasgos que pudieran significarse no concurren en todas las figuras de cohecho (ver S. 12 junio 1940 [RJ 1940\627]). Las figuras típicas del cohecho, en último término, persiguen la protección del normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (ver artículo 103 CE)”¹⁷²

En ese sentido la regulación española al igual que la colombiana ha considera el delito de cohecho como uno que afecta la correcta administración pública. Este delito se encuentra consagrado en la Ley Orgánica 10 de 1995, modificada por la Ley Orgánica 05 de 2010. Este código tipifica el cohecho pasivo propio¹⁷³, el cohecho por omisión¹⁷⁴ y el cohecho pasivo impropio¹⁷⁵. La regulación del año

¹⁷² JAIME LOMBANA VILLALBA., cit, p. 126.

¹⁷³ ESPAÑA. “*Código Penal y legislación complementaria*”. Artículo 420. Recuperado de: file:///C:/Users/pamortegui/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

¹⁷⁴ ESPAÑA. “*Código Penal y legislación complementaria*”. Artículo 419. Recuperado de: file:///C:/Users/pamortegui/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf.

2010 incrementó las penas para el delito de cohecho a partir del informe realizado por algunas instituciones públicas que determinaron los altos niveles de corrupción existentes¹⁷⁶.

En ese sentido en el artículo 424 se incluye una sanción a los particulares con las mismas penas que para el funcionario público. Así mismo el artículo 119 de la Ley Orgánica de 2010 consolida el cohecho pasivo impropio, sancionando la solicitud, o el recibimiento efectivo de la dádiva para que el funcionario realice cualquier acto que sea contrario a sus deberes del cargo o para retrasar el cumplimiento de sus deberes¹⁷⁷.

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

¹⁷⁵ ESPAÑA. “*Código Penal y legislación complementaria*”. Artículo 425. Recuperado de: file:///C:/Users/pamortegui/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf.

“1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. 2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años”.

¹⁷⁶ JAIME LOMBANA VILLALBA, cit, p. 353. “la verdadera razón de la reforma al delito de cohecho ha sido el informe de evaluación llevado a cabo por el GRECO el 15 de mayo de 2009 sobre la situación de la corrupción en España que recomienda el aumento de penas aplicables a esta conducta punible”.

La legislación española no prevé un tratamiento diferenciado para el cohecho en relación con el tipo de dádiva que se, pudiendo ser de cualquier tipo, asemejándose a la regulación que para el efecto indica el legislador colombiano, con la salvedad de que en el caso de Colombia debe tener un valor patrimonial es decir que enriquezca de alguna manera al servidor público¹⁷⁸.

Por su parte el artículo 420 regula el cohecho por pasiva impropio, es decir el que considera el legislador colombiano en virtud del ejercicio de su cargo. Todos estos delitos tienen la misma tendencia que el código colombiano es pena de prisión, aunque varía la tasación¹⁷⁹. Ahora bien, una diferencia con la regulación colombiana se encuentra en que la comisión del delito de cohecho puede presentarse incluso por cualquier persona que ejerza funciones públicas, incluso si son personas naturales o privadas. Para ello el legislador español hace una distinción, en la Ley Orgánica 05 de 2010 en su artículo 423 al siguiente tenor:

“Art. 123 LO 05/2010: —Se modifica el artículo 423, que tendrá la siguiente redacción: «Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.¹⁸⁰

Ahora bien, a diferencia de la regulación colombiana la española, prevé una exención de la pena, cuando el particular denuncia los hechos ante las autoridades del caso¹⁸¹, siempre que se cumplan con algunos requisitos. Estos son descritos por Lombana en los siguientes términos:

¹⁷⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 906 de 2004”, cit., Artículos 405 y ss.

¹⁷⁹ ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria.*, cit., artículo 420.

¹⁸⁰ ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria.*, cit., Artículo 423.

¹⁸¹ ESPAÑA. “*Código Penal y legislación complementaria*”, cit., Artículo 426. “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la

“(…) que se haya cometido un cohecho activo, que el mismo haya sido netamente ocasional, que se denuncie el hecho a autoridad que tenga el deber de proceder a la averiguación, que la denuncia se haya realizado hasta dos meses después de la ocurrencia de los hechos y que la misma se presente antes de la apertura de procedimiento¹⁴⁵⁵. En caso de que no se presente alguno de los anteriores requisitos solamente se podrá aplicar la rebaja por confesión”¹⁸².

En suma, la regulación española consagra una regulación similar a la colombiana con algunos elementos adicionales que penosamente puede decirse son más específicos y por tanto más respetuosos del principio de legalidad. Sin embargo, mantienen un elemento de suma importancia para esta investigación, esto es la recompensa o como lo señala el Código Español la dádiva. De acuerdo con el texto de las dos legislaciones se puede decir que esta puede ser de varios tipos siempre que represente un incremento económico¹⁸³.

De acuerdo al texto de las dos regulaciones esta recompensa o dádiva puede ser presente o futura, siempre que la misma sea pactada antes de la consumación del delito. El carácter patrimonial de la dádiva es lo que caracteriza el delito de cohecho de suerte tal que al no encontrarse este elemento de enriquecimiento se

autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.

¹⁸² JAIME LOMBANA VILLALBA., cit., p. 360.

¹⁸³ ESPAÑA. “*Código Penal y legislación complementaria*”, cit., p. 360 “Tradicionalmente el término —dádiva— ha constituido el objeto material del delito de cohecho, y suele identificarse con el de recompensa. La dádiva puede definirse como una cosa que se da graciosamente, una mera liberalidad, mientras que el presente se identifica como —obsequio, regalo, el ofrecimiento como —exponer una cantidad o presente que se está dispuesto a dar o pagar y la promesa como —promesa, expresión de voluntad de dar o hacer algo. Se incluyen no solamente las cosas que se entregan directamente, sino también ventas a precios inferiores al real, comisiones, descuentos, participaciones en negocios, las participaciones en negocios, los viajes de agradecimiento y el pago de deudas¹⁴⁶⁵. Pese a lo anterior, es indiferente que la dádiva o recompensa suponga un enriquecimiento para el funcionario o para un tercero”.

estaría ante otro tipo de delito¹⁸⁴. Al respecto Lombana identifica tres argumentos que dan a la dádiva o recompensa tal calidad como medio de enriquecimiento ilegal:

“(…) un argumento histórico que resalta que históricamente se ha consagrado la dádiva con un contenido económico; un argumento gramatical que destaca que el DRAE define a la dádiva como «cualquier cosa que se da graciosamente, que se regala» y un argumento teleológico según el cual solamente se podrán poner en peligro los bienes jurídicos de objetividad o de imparcialidad con la mezcla de intereses privados que supongan para él una mejora económica directa o indirecta”.¹⁸⁵

Resulta entonces del todo claro que la doctrina es armónica y concluye que la dádiva o recompensa en el delito de cohecho, como objeto material del delito debe tener un contenido netamente patrimonial, **sin que importe su valor**. Ni el legislador colombiano ni el español señalan la existencia de un monto mínimo para ello, es decir que en uso de su derecho de interpretación del principio de *última ratio* no hacen diferenciación alguna en relación con su deber de sancionar o no conductas por sumas irrisorias.

Como bien lo indica Lombana en el caso español “(…) gramaticalmente, los arts. 419 ss. CP., no exigen el carácter proporcional de la dádiva y teleológicamente el bien jurídico protegido que puede peligrar también, aunque la dádiva no sea proporcional al acto oficial”.¹⁸⁶ Por su parte Asuba indica que el monto de la dádiva si debe condicionar la procedencia o no de la sanción penal, a saber:

“(…) No se especifica la cuantía de la dádiva, por lo que habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad objetiva de corromper, atendiendo a

¹⁸⁵ JAIME LOMBANA VILLALBA, cit, p. 360.

¹⁸⁶ JAIME LOMBANA VILLALBA, cit., p. 360

las circunstancias del caso, excluyendo del delito los supuestos de dádivas claramente insignificantes (siempre seguirán siendo problemáticos los casos fronterizos)”¹⁸⁷.

Una posición intermedia, es la que adopta Puig al indicar que si bien es cierto el valor de la dádiva no constituye en sí una excepción al deber de sancionar penalmente, su contenido económico sí la determina, de suerte tal, que cuando se trate de dádivas de irrelevancia como comestibles, cigarrillos, artículos publicitarios, flores o participaciones no patrimoniales, no se estaría ante un incremento real del patrimonio del servidor público¹⁸⁸. Contrario a ello Valejje tiene una posición que va de la mano con el principio de legalidad, al señalar que “(...) lo trascendente para el Derecho penal es que intervenga un precio por la actuación del funcionario o, lo que es lo mismo, que el motivo de su comportamiento sea el precio dado u ofrecido por el particular”.¹⁸⁹

A ello se le suma que el delito de cohecho es considerado tanto por el legislador colombiano como por el español como un delito de mera conducta, es decir que no requiere que efectivamente se dé la dádiva o recompensa para su configuración, basta con el mero ofrecimiento. De acuerdo con el tribunal superior español, existe consumación de este delito cuando:

“ (...) se produce la lesión del bien jurídico protegido, o sea, el acto demostrativo de la falta de honestidad del funcionario o de la intención del particular de corromperle o atentar a su integridad, siendo irrelevante para que la consumación se produzca el que tenga lugar o no la aceptación por parte de la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad recepticia y cuya sola emisión constituye la actividad delictiva; que en caso de pacto o contrato ilícito, las partes cumplan o

¹⁸⁷ ASUBA BATARRITA., Cit. p. 162.

¹⁸⁸ MIR PUIG, citado por JAIME LOMBANA VILLALBA, cit., p. 370.

¹⁸⁹ INMACULADA VALEJIE ALVAREZ. *El tratamiento penal de la corrupción*. Barcelona. Editorial de Derecho Reunidas. 1995., p. 131.

dejen de cumplir las prestaciones a las que respectivamente se hubiesen obligado como son la entrega de la dádiva o retribución indebida o la realización del acto o la omisión prometida”¹⁹⁰.

De acuerdo a lo anterior y si se tiene en cuenta que no importa si se recibe o no la dádiva o recompensa su cuantía se hace totalmente irrelevante y en estos términos deberá sancionarse y penalizarse cualquier tipo de cohecho aun cuando la suma sea irrisoria. Aún con ello persiste la idea de que la doctrina es clara al señalar que lo que importa para determinar si se está o no ante un delito de cohecho es que la dádiva o recompensa sea relevante e idónea es decir que en realidad pueda poner en el peligro el bien jurídico de la imparcialidad y la objetividad de la administración pública, más no la limita a un monto en específico¹⁹¹.

Como corolario de esta investigación se concluye que para el caso del delito de cohecho por dar o recibir, el monto de la dádiva o recompensa es irrelevante en

¹⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. “Sentencia del 16 de noviembre de 1979” (RJ 1979/4242). Recuperada de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-30146901584_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias

¹⁹¹ JAIME LOMBANA VILLALBA, cit, p. 385. “en el cohecho debe reconocerse entonces que existen conductas que no aumentan el riesgo de peligro o lesión de la imparcialidad de las Administraciones públicas y por ello no son objetivamente imputables. El concepto prestacional y constitucional del bien jurídico de la Administración pública - adoptado en el segundo capítulo de este estudio - exige que la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico deba valorarse objetivamente, es decir, de acuerdo a criterios como el valor de la dádiva y las características propias del acto. En este sentido, una posición en la cual se considerara que el bien jurídico tutelado es la honestidad o la integridad de los funcionarios públicos en el marco de sus deberes del cargo, requeriría el análisis de la situación específica del destinatario de la dádiva, es decir, la situación económica del funcionario público sobornado. Por ello, teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado no es la honestidad del funcionario público, sino la imparcialidad de la Administración pública, las consideraciones para determinar si la conducta aumentó considerablemente el riesgo para el bien jurídico deben ser objetivas”.

principio por el legislador al hacer el estudio respectivo no modulo en sí la procedencia de la sanción en cuantías menores. Desconocer este precepto por parte de los jueces es igual a considerar que no existe un deber de cumplimiento de lo dispuesto por el legislador, lo que haría de sus decisiones algo completamente arbitrario en los términos de la discusión planteada en líneas anteriores.

Ahora bien, respecto al principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, su evaluación se hace desde antes de la creación de la legislación y no posterior a ella, de suerte tal, que el legislador consideró que era procedente la penalización de cualquier tipo de cohecho siempre que subsistiera algún valor patrimonial para el servidor público¹⁹².

Desde el punto de vista de la antijuridicidad material, esta se consolida en este derecho sin importar si se recibe efectivamente o no la recompensa, dinero o dádiva, ya que con el mero ofrecimiento se está configurando el delito en cita, de tal forma, que se pone en peligro (en el caso en que solo se hace el ofrecimiento) o se vulnera efectivamente (cuando ya se ha recibido) la objetividad e imparcialidad de administración pública como bien jurídico tutelado tanto por el ordenamiento nacional como por el español. En ese mismo sentido lo considera con acierto Gómez a saber:

“De lo sucintamente expuesto se deduce que la puesta en entredicho de aquel enunciado no tiene que ver con el fundamento que inspira su formulación, que por lo demás descansa en un principio de indiscutible vigencia en el ordenamiento penal. Por el contrario, aquella obedece a la supuesta infracción del principio de

¹⁹² MARIA DEL CARMEN GOMEZ RIVERO. “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”. Revista de Estudios Penales y Criminológicos. Volumen 37. 2017, p. 253. “Por ello, teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado no es la honestidad del funcionario público, sino la imparcialidad de la Administración pública, las consideraciones para determinar si la conducta aumentó considerablemente el riesgo para el bien jurídico deben ser objetivas tipicidad formal, no revisten la suficiente gravedad como para considerarse necesitados de la reacción penal”.

legalidad, en tanto que el intérprete carece de la potestad para definir los comportamientos que sean o no punibles. De ahí que los críticos con la elevación de tal criterio a principio exegético requieran el respaldo expreso de la ley en la calificación de una conducta como impune por su insignificancia. Tal exigencia reclama, bien un pronunciamiento específico del legislador en relación con cada tipo delictivo cuyo injusto sea graduable, bien una previsión con carácter general al modo en que lo hace en el Derecho comparado el legislador procesal austríaco o alemán”¹⁹³

De acuerdo a lo anterior, si lo que el legislador pretende es señalar una limitación en el uso del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal debe modular la procedencia del delito de cohecho para racionalizar la administración de justicia en este especial punto, más no le es dado al ente acusador ni al juez abrogarse tal responsabilidad so pena de infringir el principio de legalidad.

¹⁹³ MARIA DEL CARMEN GOMEZ RIVERO. “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, cit., p. 267.

CONCLUSIONES

La antijuridicidad hace parte del esquema del delito y del juicio de desvalor que implica la comisión de una conducta típica, antijurídica, culpable. Este hace referencia a un juicio de desvalor a una conducta que no se realiza bajo los presupuestos de una causal eximente de responsabilidad. La comisión de una conducta que este tipificada en el código y que cumpla con los tres elementos del esquema del delito, crea en el Estado una obligación de investigar y sancionar dicha conducta.

La finalidad que cumple ello es la protección social que se deriva del Derecho Penal como aquel que debe velar porque las relaciones sociales sean armónicas y congruentes con el respeto por los derechos fundamentales y humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Ahora bien, volviendo al concepto de antijuridicidad, esta además de ser parte del esquema del delito, es una etapa que debe superar el fiscal para la imposición de una pena, junto con la de tipicidad o adecuación y culpabilidad. Este examen debe centrarse en el juicio de reproche y la ausencia de causal de justificación de la conducta. Este juicio de reproche tiene que ser de dos clases: la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material

Para el caso de la antijuridicidad formal esta es la que se predica de toda acción contraria a derecho, es decir que se encuentra tipificada en la legislación penal como tal. Por el contrario, la antijuridicidad material implica la puesta en peligro real o la lesión del bien jurídicamente tutelado. De lo anterior, se puede concluir, que la antijuridicidad formal se limita a determinar la conducta como simplemente contraria al ordenamiento jurídico en general, mientras que la antijuridicidad material, se ocupa o vas más allá de la antijuridicidad en sentido formal, en el entendido de que la misma realiza un juicio de valor frente a la afectación del bien jurídicamente tutelado.

Estos dos tipos de antijuridicidad subsisten en un mismo tipo y no son excluyentes por el contrario se complementan entre sí. Sin embargo, en el caso de la antijuridicidad material esta parte del principio de lesividad que se consolida como el exponente más claro de la antijuridicidad material, toda vez que el mismo concibe como su principal fundamento de la acción penal la vulneración o generación de daño o de situación de riesgo de los bienes jurídicamente tutelados.

Este principio evoca que para que exista la antijuridicidad material es necesario que se materialice o se ponga efectivamente en peligro el bien jurídico que se pretende tutelar. Por lo anterior en este principio concurren dos elementos primordiales: el bien jurídico tutelado y el peligro o daño que se puede propinar a éste con la conducta delictiva.

En ese contexto la finalidad que tiene la antijuridicidad material no es otra que la de establecer cuando se entiende vulnerado realmente un bien jurídico de interés para el Estado. Ahora bien, en el sentido dogmático se puede decir que un bien jurídico tutelado por el Estado corresponde al núcleo esencial de una disposición constitucional o legal que tiene implicaciones para la sociedad en general, es decir que su vulneración genera una lesividad tanto para la persona como para la sociedad en general.

De ahí que el legislador opte por consagrar un catálogo de conductas en las que considere que encaja o se puede materializar el principio de lesividad y junto con la antijuridicidad material. En consonancia con lo anterior, se puede decir que el principio de lesividad es el que permite que la antijuridicidad material se concrete dentro de las conductas que se consideran vulneradores de los bienes jurídicamente tutelados, por considerar que las mismas ponen en riesgo o lesionan a éstos.

Ahora bien, los actos de corrupción tanto en la legislación extranjera como en la nacional son considerados como conductas contrarias a los intereses públicos. Si

bien es cierto no se está ante un delito que afecta un bien jurídico como la vida o la dignidad, el ejercicio incorrecto de la función pública genera a mediano y largo plazo una afectación a nivel general que justifica una sanción desde el ámbito penal. En ese sentido El elemento que tienen en común estos actos de corrupción es que son acciones que afectan bienes de interés público y que se encuentran ligadas al ejercicio de funciones públicas.

Al tener estas implicaciones sociales el legislador considero necesario su consagración y sanción. Tal es el caso del delito de cohecho que se define como un acto de corrupción en el que un funcionario público y un tercero particular acuerdan que el primero realice u omita alguna acción a cambio de una contraprestación de índole económica. El legislador colombiano catalogo tres tipos de cohecho: i) el cohecho impropio, ii) el cohecho, iii) el cohecho por dar u ofrecer. En el caso del cohecho impropio y el propio el sujeto es cualificado en tanto se refiere al servidor público, y en el caso del cohecho por dar u ofrecer el sujeto puede ser cualquier persona.

Ahora bien, el bien jurídico tutelado es la administración pública, de quien es titular el Estado como el llamado a evitar que sus propios funcionarios hagan uso de su poder transitorio con otro fin que no sea el bienestar general. Ahora bien, otra caracterización de este delito es que al momento que se presenta la dación o la aceptación de la promesa de una remuneración, el sujeto calificado, es decir el servidor público, debe tener capacidad de decisión, es decir que debe tener la posibilidad real de ejecutar la conducta de cohecho.

De otro lado la materialización de este delito se presenta con el mero ofrecimiento de suerte tal que no es requisito que se reciba la dádiva o recompensa para que se lesione o ponga en peligro la administración pública como bien jurídicamente tutelado. De otro lado el acto que motiva el delito de cohecho debe ser futuro, es decir que la dadiva o recompensa debe tener como fin que el servidor público

haga u omita algo, que se encuentra condicionado por el pago de la dadora. Tienen una relación de causa y efecto.

En consecuencia, la naturaleza del delito de cohecho no admite tentativa, por el cuanto sus efectos son instantáneos aun cuando solo se trate de una promesa de remuneración. Sin embargo, en cada uno de estos tipos de cohecho deben concurrir por lo menos un acuerdo de voluntades, un ofrecimiento que tenga vocación de incrementar el patrimonio del servidor público y que el acuerdo sea previo a realizar la conducta.

Ahora bien, la tutela de este bien jurídico parte de disposiciones constitucionales que indican que es deber de los funcionarios públicos cumplir las labores que les son encomendadas con probidad, rectitud, etc. Estos presupuestos constitucionales demandaron una protección incluso desde el ámbito penal. Ahora bien, el legislador no estableció ninguna distinción en materia de la cuantía en la que debía realizarse esta conducta. Es decir, no estableció un límite para su comisión, o para prescindir de la acción penal.

Ello fue lo que impulso el desarrollo de esta investigación, que buscaba solucionar el interrogante de: ¿Qué sucede cuando se está ante una suma irrisoria? ¿Debe el Estado prescindir de la acción penal en cumplimiento de *ultima ratio* del Derecho Penal? Para dar respuesta ha dicho interrogante fue necesario un análisis del principio de legalidad y la facultad que tiene el juez o fiscal para prescindir de la acción penal.

La primera conclusión a la que se llegó es que no es del resorte del juez o fiscal prescindir de la acción penal, en tanto es claro que el deber de protección de la administración pública como bien jurídico no se encuentra condicionado, de tal suerte, que no existe justificación para acudir a interpretaciones de la legislación que no son analizadas por el legislador. Al respecto cabe recordar un punto de

suma importancia, y esto es la amplia configuración legislativa que tiene el Congreso en materia de protección de derechos fundamentales.

Así mismo del ejercicio de derecho comparado con España, se pudo concluir que una de las características de este delito es necesariamente la calidad económica o patrimonial que tiene la dádiva o recompensa. Si no se cumple con ese elemento no puede considerarse que se esté ante un delito de cohecho. Aun con ello, el incremento patrimonial no tiene por qué ser cuantioso para que proceda la acción penal. Piénsese por ejemplo en la sumatoria de todos los actos inferiores a cien mil pesos m/cte. (\$100.000), a nivel nacional, en materia de imposición de comparendos, o las dádivas y pequeños sobornos que se presenta en la contratación pública.

A simple vista no pareciese prudente hacer uso del Derecho Penal en tales casos. Sin embargo, la sumatoria de estos haría necesario que existiera la acción penal. Considerados individualmente no generan mayor inconveniente, pero en masa estos delitos pueden causar un deterioro tal de la administración pública que necesariamente debe ser sancionada desde lo penal.

A ello se le suma que en efecto este delito se consuma con el mero ofrecimiento de tal manera que la cuantía de lo que se ofrece se hace irrelevante, ya que con el mero ofrecimiento se está vulnerando el deber de objetividad e imparcialidad que se demanda de la correcta administración pública. Aún con ello, se considera que es el legislador el llamado a modular este tema y no los jueces por carecer ellos de competencias de tal índole y con muchas más veraz el ente acusador. Habría que analizar la posibilidad de un análisis desde el Congreso de la catalogación de un proceso más expedito o conciliable en estos casos que pueda racionalizar la acción del Estado en este tipo de casos.

BIBLIOGRAFIA

Artículos de revistas y memorias.

ARTAZA VALERA, Oswaldo. *La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta en el delito de cohecho*. Revista Política Criminal. Volumen 11. Número 21. Pp. 307 – 339.

CARNAVELI RODRIGUEZ, Raúl. *Derecho penal como ultima ratio hacia una política criminal racional*. Revista Ius et Praxis. Número 1. 2008.

CASAS BARQUERO, Enrique. *Observaciones técnico – jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*. Revista Documentación Jurídica. Número 19. 1978.

CHANJAN DOCUMET, Rafael. *El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Volumen 38. Número 104.

COCARICO LUCAS, Edwin Santiago. *La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*. En Revista Ciencia y Cultura. Número 35. 2015.

GOMEZ RIVERO, María del Carmen. *Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido*. En, Revista de Estudios Penales y Criminológicos. Volumen 37. 2017.

GUSTANI, Riccardo. *Interpretación y construcción jurídica*. En. Revista Isonomía. Número 43. 2015.

MARTINEZ CARDENAS, Edgar Enrique., RAMIREZ MORA, Juan Manuel. “La corrupción en la Administración Pública: un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana”. En Revista Reflexión Política. Volumen 12. Número 23., 2010.

OLIVER, Guillermo. *Aproximación al delito de cohecho*. En: Revista de Estudios de la Justicia. Número 5. 2004., p. 85.

ORDUZ BARRETO, Claudia Patricia. *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. En Revista Criterio Jurídico Garantista. Número 2. Volumen 2. 2010.

PADILLA LINARES, Cerveleón. *Postulación del derecho fundamental a una administración pública servicial en Colombia*. En, Revista Nova et Vetera Administración Pública y Derechos Humanos. Número 63. Volumen 19. 2010.

PEREZ JARABA, María Dolores. *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A Hart*. En, Revista de Estudios Jurídicos. Número 10. 2010.

PRIETO SANCHIZ, Luis. “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin” En, Revista de Ciencias Sociales. Número 38. 1993.

RODRIGUEZ COLLAO, Luis. “Delimitación del concepto penal de corrupción”, En, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 25.

SANDOVAL FERNANDEZ, Jaime. *Causales de ausencia de responsabilidad penal. Universidad del Norte.*, En. Revista de Derecho. 2003. Número 19.

Doctrinas

AGUDELO, Nodier. Curso de derecho penal. Esquemas del delito. Bogotá D.C, Editorial Nuevo Foro. 2011.

ALCACER GIRAO, Rafael. *¿Lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto*. Barcelona. Editorial Atelier. 2003.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario, RUIZ SALAZAR, José Armando. Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial. 12ª ed. Bogotá. Editorial Leyer. 2014.

ASUA BATARRITA, Adela. *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria*. En: delitos contra la administración pública. Jurista Editores. Lima. 2009.

BECCARIA, Cesar. *Tratado de los delitos y las penas*. Traducción de BERNALDO DE QUIROS, Constancia. México D.F. México D.C. 1957.

BEHAM, Hans. R. *La antijuridicidad*. Santa Fe de Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona. Editorial Ariel. 1991.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin, prólogo a la edición española de la obra de Dworkin "Los derechos en serio"*. Barcelona. Editorial. 1984.

CARO JHON, José Antonio. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Bogotá D.C., Anuario de Derecho Penal. 2003.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*. Volúmen 5. Traducido por ORTEGA TORRES, José J., GUERRERO, Jorge. 4ª Edición. Bogotá D.C., Editorial Temis. 1993.

CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental: Teoría general del delito y la punibilidad*. Volumen II. Bogotá D.C., Editorial Temis. 1998.

CATALAN, Sender. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*. Barcelona. Editorial Bayer S.A., Barcelona, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel. 1995

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte especial. Tomo IV*. Tercera Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile., 1998.

GÓMES DIAZ DE LEÓN, Carlos. *Administración pública contemporánea*. México D.F., Editorial McGraw Hill Interamericana.,. 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 1999

FACETA JURIDICA. *Delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Principio de la antijuridicidad material*. Bogotá. Imprenta Nacional., 2008.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*. Bogotá D.C. Edición de la Universidad Libre de Colombia, 2017.

GHUNTER, Jakobs. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., Madrid. Editorial Marcial Pons.1997.

HERBERT LIONEL, Adolphus Hart. *“Poscript”*. En: *Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. 1994.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*. León., Universidad de León. 2013.

MARQUART, Eduardo. *Temas básicos del derecho penal*, Buenos Aires. Editorial Abeledo – Perrot. 1977.

MARUCH, Reintar, ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Séptima Edición. Traducción de BOFILL, JORGE, AIMONE, Enrique. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1994.

MIR, Puig. *Funciones de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Casa Editorial S.A., España. 1982.

NIETO MARTIN, Adán. *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. En: *Estudios de Derecho penal*. Castilla. Edición de la Universidad de Castilla – La Mancha. 2004.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Concepto de funcionario público a efectos penales*. En: *Delitos contra la administración pública*. Bilbao. Edición del Instituto Vasco de Administración Pública. 1997.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid. Editorial Civitas. 1983.

REYES ECHANDIA ALFONSO. *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed. Bogotá Editorial Temis. 1990.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Traducido por Francisco Muñoz Conde. Barcelona. Editorial Barcelona. 1972

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en la jurisprudencia en Colombia*. Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Ibáñez., 2004.

TARELLO, Giovanni. *Orientamenti analítico – linguistici e teoría dell'interpretazione giuridica*. En: Uberto, S. *Diritto e analisi del linguaggio*. Milán., Edición di Comunita., 1976.

VALEJIE ALVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento público de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid. Editorial Edersa. 1997.

VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Barcelona Editorial Tirant to Blanch. 2001.

VASQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostella. Instituto Nacional de Administración pública. 2003.

VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edi. Bogotá D.C. 2009. Editorial Temis.

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional, sentencias.

T – 406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Pabón.

C – 543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

T – 487 de 2001. M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

C – 426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

C – 095 de 2003. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

C – 820 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C – 496 del 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C – 297 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

SU – 489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte suprema de Justicia, sentencias:

Sala de Casación Penal. *Sentencia del 3 de diciembre de 1999*. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Expediente 11136

Sala de Casación Penal. *Sentencia del 24 de enero de 2001*. M.P. Arboleda Ripoll.

Sala de Casación Penal. *Sentencia del 6 de abril de 2005*. M.P. Herman Galán Castellanos. Radicado No. 20403

Sala de Casación Penal. *Sentencia del 13 de julio de 2006*. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Rad: 15843.

Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2013. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero

Legislación nacional.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991 (Julio 6). Publicada en Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991

LEY 489 DE 1998 (29 de diciembre). “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario oficial No. 43.604 del 30 de diciembre de 1999.

LEY 599 DE 2000” (24 de julio) “Código Penal”. Publicado en el Diario Oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000.

LEY 1437 DE 2011. (18 de enero). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011.

WEBGRAFÍA

BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Principios fundamentales de un Derecho Penal Democrático 2013. En la web: http://www.juareztavares.com/textos/bustos_penal_democratico.pdf

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. En la web: <http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Convenci%C3%B3n%20Interamericana.pdf>

ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*. Artículo 420. En la web de: file:///C:/Users/pamortegui/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf

KINDHAUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán*. Traducido por GARCÍA VALERO, Percy. 2015. En la web: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf